

MIĘDZYNARODOWE PRAWO HUMANITARNE

MIĘDZYNARODOWE PRAWO HUMANITARNE

Tom VI

Implementacja prawa humanitarnego

INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Vol. VI

Implementation of International Humanitarian Law

*...łączyć teorię z praktyką,
by służyć człowiekowi na wojnie...*

**AKADEMIA MARYNARKI WOJENNEJ
WYDZIAŁ DOWODZENIA I OPERACJI MORSKICH
GDYNIA 2015**

Rada naukowa	Dariusz R. BUGAJSKI (WDiOM AMW) Michael GEISTLINGER (WP, Uniwersytet w Salzburgu) Tadeusz JASUDOWICZ (WPiA UMK) Elżbieta KARSKA (UKSW) Piotr ŁASKI (WPiA Usz) Andrzej MAKOWSKI (WDiOM AMW) Jerzy MENKES (SGSP) Elżbieta MIKOS-SKUZA (PCK, WPiA UW) Jerzy ZAJADŁO (WPiA UG) Stanisław ZAJAS (AON) Bogdan ZDRODOWSKI (WSPol. w Szczytnie) Mariusz ZIELIŃSKI (WDiOM AMW)
Redaktor Naukowy	Dariusz R. BUGAJSKI
Sekretarz Redakcji	Marta SZUNIEWICZ
Redaktorzy tematyczni	Iwona SEKUŁA (nauki o bezpieczeństwie) Marta SZUNIEWICZ (prawo międzynarodowe)
Korekta i skład	Łukasz BAKUŁA
Korekta jęz. angielskiego	Agata JAROSZEWICZ
Projekt okładki	Leonard ROZENKRANZ Dariusz R. BUGAJSKI
Na okładce	Przód okładki (kolejno od lewej) – logo Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża, flaga Organizacji Narodów Zjednoczonych, błękitny hełm żołnierza sił pokojowych ONZ, znak Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze. Tył okładki – widok ogólny AMW.
Adres redakcji	Akademia Marynarki Wojennej Wydział Dowodzenia i Operacji Morskich ul. inż. Jana Śmidowicza 69, 81-103 Gdynia tel. (0 48 58) 626-29-47, fax (0 48 58) 626-28-02 e-mail: prawo.humanitarne@amw.gdynia.pl

Redakcja informuje, że w celu udostępnienia szerokiemu odbiorcy artykułów ukazujących się w MPH, ich streszczenia w języku angielskim będą również publikowane, zgodnie z porozumieniem z redakcją czasopisma – bazy danych „The Central European Journal of Social Sciences and Humanities” (CEJSH, ISSN 1733-4934), w wersji elektronicznej na stronie internetowej CEJSH (<http://cejsh.icm.edu.pl>).

„The Central European Journal of Social Sciences and Humanities” jest elektroniczną bazą danych wolnego dostępu, założoną przez akademie nauk państw Grupy Wyszehradzkiej w celu internetowej publikacji angielskich streszczeń prac z dziedziny nauk społecznych i humanistycznych, które ukazywały się w językach narodowych w czasopismach tych krajów i które – z uwagi na barierę językową – są niedostatecznie znane poza obszarem zasięgu danego języka.

Wydano na prawach rękopisu

Wydawnictwo Akademickie Akademii Marynarki Wojennej
ul. inż. Jana Śmidowicza 69, 81-103 Gdynia
e-mail: wydawnictwo@amw.gdynia.pl, www.amw.gdynia.pl

ISSN 2081-5182

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów.....	9
Od redakcji.....	11
<i>Paweł Maciąg</i>	
Polska myśl prawna okresu międzywojennego i jej wkład w rozwój międzynarodowego prawa humanitarnego. Wybrane zagadnienia.....	15
<i>Tomasz Widlak</i>	
Legitymizacja uniwersalnej jurysdykcji jako narzędzia implementacji międzynarodowego prawa humanitarnego.....	29
<i>Wojciech Bieńkowski</i>	
Rola organizacji pozarządowych w tworzeniu i implementacji międzynarodowego prawa humanitarnego.....	43
<i>Marcin Marcinko</i>	
Broń nieśmiertelna – przykład humanitaryzacji czy złagodzenia ograniczeń w zakresie środków prowadzenia działań zbrojnych?.....	59
<i>Jerzy Menkes, Anna Kociotek-Pęksa</i>	
Regulacje prawne instrumentem ochrony dóbr kultury.....	107
<i>Wojciech Mendel</i>	
Zasada podwójnej bezprawności w ustawowych znamionach przestępstw wojennych w polskim kodeksie karnym.....	129
<i>Agnieszka Szpak</i>	
Grupy chronione przed ludobójstwem w orzecznictwie międzynarodowych trybunałów karnych <i>ad hoc</i>	145
<i>Iryna Kozak</i>	
<i>Actus reus</i> zbrodni przeciwko ludzkości w orzecznictwie Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii.....	163
<i>Tadeusz Jasudowicz</i>	
Piraci somalijscy przed Trybunałem w Strasburgu – analiza krytyczna wyroków.....	183
<i>Barbara Stępień</i>	
Morskie oblężenie – charakterystyka, cele i skutki morskiej blokady wojennej.....	197

<i>Jarosław Kroplewski</i>	
Traktowanie jeńców wojennych przez Brytyjczyków w epoce wojen napoleońskich.....	213
<i>Krzysztof Kubiak</i>	
Wina bez skruchy. Japońskie zbrodnie wojenne i świątynia Yasukuni.....	233
Recenzje.....	245
<i>Krzysztof Kubiak</i>	
Żołnierze Chryzantemowego Tronu.....	245
O autorach.....	251
Wykaz aktów prawnych.....	253
Indeks rzeczowy.....	257

TABLE OF CONTENTS

List of abbreviations.....	9
From Editor.....	11
<i>Paweł Maciąg</i>	
The Polish legal concept during the inter-war period as a circumstance for the international humanitarian law progress. Selected aspects.....	15
<i>Tomasz Widlak</i>	
Legitimacy of universal jurisdiction as a tool for the implementation of IHL.....	29
<i>Wojciech Bieńkowski</i>	
Non-governmental organizations and implementation of International Humanitarian Law.....	43
<i>Marcin Marcinko</i>	
Non-lethal weapons – example of humanization or mitigation of restrictions on means of conducting hostilities?.....	59
<i>Jerzy Menkes, Anna Kociotek-Pęksa</i>	
Cultural property law.....	107
<i>Wojciech Mendel</i>	
Regulations concerning criminalisation of the war crimes in the Polish Penal Code.....	129
<i>Agnieszka Szpak</i>	
The groups protected against genocide in the light of jurisdiction of the <i>ad hoc</i> International Criminal Tribunals.....	145
<i>Iryna Kozak</i>	
<i>Actus reus</i> of the crime against humanity in the light of jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.....	163
<i>Tadeusz Jasudowicz</i>	
The Somali pirates before Court of Human Rights – the critical analysis of the judgements.....	183
<i>Barbara Stępień</i>	
The maritime siege – characteristics, objectives and consequences of a naval blockade during armed conflicts at sea.....	197

<i>Jarosław Kroplewski</i>	
How British government treated prisoners of war during the Napoleonic era.....	213
<i>Krzysztof Kubiak</i>	
Fault without repentance. Japanese war crimes and temple Yasukuni.....	233
The reviews.....	245
<i>Krzysztof Kubiak</i>	
The Soldiers of Chrysanthemum Throne.....	245
On the Authors.....	251
List of Conventions, Treaties and other International Instruments.....	253
Index.....	257

WYKAZ SKRÓTÓW

CMC	Cluster Munition Coalition – Koalicja na rzecz zakazu amunicji kasetowej
COIN	<i>Counterinsurgency Operations</i>
Dz.U.	Dziennik Ustaw
Dz.Urz. MON	Dziennik Urzędowy Ministra Obrony Narodowej
EKPC	Europejska Konwencja Praw Człowieka z 4 listopada 1950 r.
ETPC(z)	Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu
HRW	Human Rights Watch
ICBL	International Campaign to Ban Landmines – Kampania na rzecz zakazu min przeciwpiechotnych
ICBUW	International Coalition to Ban Uranium Weapons – Międzynarodowa Koalicja na Rzecz Zakazu Broni ze Zubożonego Uranu
ICRAC	International Committee for Robot Arms Control
IRoRC	International Review of the Red Cross
k.k.	Kodeks karny z 6 czerwca 1997 r.
KG I	Konwencja genewska z 12 sierpnia 1949 r. o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych
KG II	Konwencja genewska z 12 sierpnia 1949 r. o polepszeniu losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu
KG III	Konwencja genewska z 12 sierpnia 1949 r. o traktowaniu jeńców wojennych
KG IV	Konwencja genewska z 12 sierpnia 1949 r. o ochronie osób cywilnych podczas wojny

KoPM 1982 (UNCLOS)	Konwencja Narodów Zjednoczonych o Prawie Morza z 10 grudnia 1982 r. sporządzona w Montego Bay
MCCM	<i>Modular Crowd Control Munition</i> – modułowa amunicja do kontroli tłumu
MKCK	Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża
MPH / MPHKGZ	Międzynarodowe prawo humanitarne / Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych
MPPOiP	Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r.
MTK	Międzynarodowy Trybunał Karny
MTKJ	Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii
MTKR	Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy
NGO	organizacja pozarządowa
NATO	Organizacja Traktatu Północnoatlantyckiego
ONZ	Organizacja Narodów Zjednoczonych
PD I	Protokół dodatkowy do Konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r. dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół I)
PD II	Protokół dodatkowy do Konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r. dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół II)
RCA	<i>Riot Control Agents</i> – środki do kontroli zachowań tłumu/opanowywania zamieszek
ROE	<i>Rules of Engagement</i> – zasady podjęcia działań przy użyciu siły

OD REDAKCJI

Każdy wojskowy, każdy prawnik, wreszcie każdy człowiek poszukuje możliwie najprostszych rozwiązań. Wobec tego dlaczego nasz ludzki świat jest tak skomplikowany, a jego wielkie problemy są tak pogmatwane, że nie widzimy w przewidywalnej przyszłości możliwości rozwiązania większości z nich? Niestety, obok prostoty staramy się, by te rozwiązania jednocześnie były dla nas jak najłatwiejsze do realizacji. Jeśli w jakimś regionie świata staje się masowe wykorzystywanie do prowadzenia wojny dzieci albo podczas konfliktu gwałcone są kobiety lub też do użycia wejdzie nowy rodzaj broni, to oczywiście cały szereg gremiów międzynarodowych, rządowych i organizacji pozarządowych monitoruje, analizuje, dyskutuje, by wreszcie przyjąć rezolucję potępiającą zjawisko, a następnie nowy traktat, który ma zapobiec lub ograniczyć to zjawisko. Oczywiście działanie według tego schematu jest najprostsze i jednocześnie najłatwiejsze, a co więcej przynosi wiele okoliczności do okazania wobec całej społeczności międzynarodowej swojej dobrej strony, to jest kompetencji, zatroskania sprawami tego świata, empatii, czy w końcu skuteczności. Zapewne przy tym poprawi się znacząco poczucie własnej wartości, pogłębi przekonanie o przewodzeniu cywilizacyjnemu (poprawność polityczna nie pozwala na użycie innego terminu) współczesnemu światu wśród elit Zachodu, które przecież mają wciąż największy wpływ na kształtowanie prawa międzynarodowego, w tym międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych. Ale ta reszta świata, dla której dobra przyjmuje się nowe regulacje, zmieniła się i już bez kompleksów wskazuje, że te zasady, według Zachodu uniwersalne, obce są ich kulturze i religii, a nawet, jak w przypadku wielkich, choć nadal skrajnych, grup terrorystycznych (Al-Kai'da, Państwo Islamskie), odrzuca je w całości. Jedni mnożą normy prawne, wierząc naiwnie, po zachodniemu, w ich moc zmieniania rzeczywistości, by pomóc światu, a inni wręcz za swój obowiązek uważają ich odrzucenie, nieprzestrzeganie i podeptanie, nawet zdawałoby się fundamentalnych zasad prawa międzynarodowego.

Czy wobec tego przyjęcie nowego traktatu pozwala lepiej rozwiązać problem od pełnego wdrożenia istniejących wcześniejszych rozwiązań? Czy, na przykład, zastosowanie starych zasad rozróżniania i humanitarności nie było wystarczające dla wyeliminowania min przeciwpiechotnych, czy też pełne osiągnięcie tego celu było możliwe jedynie dzięki przyjęciu w Ottawie Kon-

wencji o zakazie stosowania, magazynowania, produkcji i transferu min przeciwpiechotnych z 1997 r.?

Powyższe pytania pozostawimy bez odpowiedzi. Bez wątpienia konieczna tu jest głęboka refleksja między innymi nad problemem implementacji prawa międzynarodowego publicznego, w tym międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych. Pojęcie implementacji, jak to ujął jeden z Autorów (Wojciech Mendel) niniejszego tomu, w wąskim rozumieniu oznacza wprowadzenie norm prawa humanitarnego do wewnętrznych porządków prawnych państw. W szerszym znaczeniu obejmuje wszelkie działania, przede wszystkim właśnie organów państwa, mające na celu stosowanie norm międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych. W tym szerokim ujęciu implementacja dotyczy organów państwa, jego sił zbrojnych i instytucji odpowiedzialnych za bezpieczeństwo publiczne, ponieważ tylko państwo jest w stanie skutecznie realizować normy prawa humanitarnego podczas konfliktu zbrojnego. Wymaga to zarówno odpowiedniego przygotowania żołnierzy i dowódców, jak i skutecznego egzekwowania prawa wobec własnych żołnierzy i wszystkich osób, które znajdują się we władzy państwa podczas konfliktu zbrojnego.

Zagadnienie implementacji jest w niniejszym tomie wiodącym i poświęcone mu zostało bezpośrednio lub pośrednio większość z dwunastu artykułów. Poza nimi warty odnotowania jest tekst Pawła Maciąga poświęcony dorobkowi polskiej myśli okresu międzywojnia w zakresie międzynarodowego prawa humanitarnego. Znamienne jest, że współcześni młodzi polscy naukowcy internacjonalisci badają aktualne i historyczne zagadnienia na zasadzie kopii, w drugiej lub trzeciej fali po badaniach zachodnich. Chętnie piszą i powołują się na masakrę w Mý Lai, ale już rzeź wołyńska, jeśli słyszeli, niezbyt ich obchodzi, a jeśli zajmują się atakami bez rozróżniania, to oczywiście sięgną do dywanowego bombardowania Drezna dla przykładu, ale żaden niemal nie wspomni, bo i część nawet nie wie, o wielokrotnych bombardowaniach dywanowych Warszawy, zarówno przez Niemców, jak i Sowieców. Jeśli w anglojęzycznych czasopismach naukowych pojawiła się dyskusja na temat jałowej koncepcji *responsibility to protect*, to również w Polsce szybko, ale nie kreatywnie czy krytycznie, tylko głównie odtwórczo wielu naukowców temat podjęło. W dużej mierze wynika to z bardzo słabej znajomości polskiego dorobku naukowego i polskiej historii. Redakcja MPH, chcąc to zmienić, będzie zachęcała do publikacji artykułów, które przybliżają oryginalne osiągnięcia polskiej nauki.

Warto także podkreślić rzadkie, ale z racji miejsca wydawania naszego czasopisma zasługujące na szczególne zainteresowanie artykuły poświęcone

wojnie morskiej (Barbara Stępień) i analizie wyroków trybunału w Strasburgu wobec piratów somalijskich (Tadeusz Jasudowicz).

Dariusz R. Bugajski
Gdynia, 1 września 2015 r.

**POLSKA MYŚL PRAWNA OKRESU
MIĘDZYWOJENNEGO I JEJ WKŁAD W ROZWÓJ
MIĘDZYNARODOWEGO PRAWA
HUMANITARNEGO. WYBRANE ZAGADNIENIA**

**THE POLISH LEGAL CONCEPT DURING
THE INTERWAR PERIOD AS A CIRCUMSTANCE
FOR THE INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW
PROGRESS. SELECTED ASPECTS**

Summary

Poland's geopolitical location during the interwar period was difficult and, as nowhere in the world, the country was exposed to war dangers interconnected with the European conflicts. That is why outstanding Polish intellectuals, scholars and lawyers were looking for the country's geopolitical stabilization through the international law, including the international humanitarian law. These strong efforts are very visible in various fields of the international law. Poland was a precursor of idea of *moral disarmament*. This unique Polish initiative was introduced at the League of Nations. Polish lawyers were active in different fields of international law as well. Rafał Lemkin was an author of legal term „genocide”. He was an architect of crucial *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. On December 9, 1948 the Convention was adopted by the General Assembly of the United Nations. It was a significant step for raising global awareness toward international responsibility for the protection of large groups threatened by mass killing and war atrocities. This paper deals with Polish contribution to the legal and intellectual progress of mankind. The work and concepts of Polish lawyers ushered in an entirely new way of thinking.

keywords: genocide, International Humanitarian Law, moral disarmament, Polish legal concepts, criminal code, child rights

1. Uwagi wstępne

Pojęcie „myśl prawna” jest rozumiane jako zamysł i plan, ukierunkowane na tworzenie prawnego porządku w podstawowych dziedzinach państwa, zatem także – w pewnym zakresie – jego prawnomiędzynarodowych stosunków. Myśl prawna jest ukierunkowana mniej lub bardziej bezpośrednio na człowieka. Szczególny charakter ma myśl prawna uwzględniająca właściwości człowieka jak poszanowanie praw osoby ludzkiej i jej godności. Takie właściwości są związane immanentnie z rozumem i sumieniem, z poczuciem sprawiedliwości i solidarności, poniekąd także z miłosierdziem i współczuciem. O celowości uwzględniania wymienionych cech człowieka przy tworzeniu norm prawa pisał już przed ponad dwoma tysiącami lat Ciceron¹. Międzynarodowy charakter godności i praw osoby ludzkiej akcentuje *expressis verbis* Karta Narodów Zjednoczonych (KNZ) we Wstępie². Treść wstępu stanowi według L. Ehrlicha logiczną podstawę interpretacji wszystkich postanowień traktatu³. Natomiast w rezolucjach Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych termin „poszanowanie praw człowieka” jest łączony z pojęciem „prawo humanitarne”⁴. Współcześnie międzynarodowe prawo humanitarne jest ważną dziedziną nauki i spełnia istotną rolę w stosunkach wewnętrznych i międzynarodowych⁵.

2. Wybrana myśl prawna okresu między pierwszą a drugą wojną światową

2.1. Uwarunkowania wewnętrzne i międzynarodowe polskiej myśli prawnej okresu międzywojennego

Zagadnienie uwarunkowań wewnętrznych i międzynarodowych polskiej myśli prawnej okresu międzywojennego jest w gruncie rzeczy nieskończenie szerokie i znajduje swój wyraz w wielu publikacjach, opartych – jak należy sądzić – na dostępnych materiałach źródłowych. W niniejszym artykule jest zatem konieczne zastosowanie pewnej syntezy i użycie sformułowań ogólnych, które odzwierciedlają podstawowe aspekty referowanego zagadnienia.

¹ Marcus Tullius Cicero (Cyceron), *De re publica* (O państwie), *De legibus* (O prawach), *De officiis* (O powinnościach), przełożył W. Kornatowski, komentarzem opatrzył K. Lesiak, Warszawa 1960. Podstawą przekładu jest tekst w wydaniu Teubnera, *Editio maior*, Lipsk 1955.

² Treść KNZ w oryginalnych wersjach językowych i w tłumaczeniu na język polski, [w:] Dz.U. z 1947 r., Nr 23, poz. 90.

³ L. Ehrlich, *Interpretacja traktatów*, Warszawa 1959.

⁴ Rezolucje nr: 2633 (XXV) z 11.11.1970 r., 2674 (XXV) z 9.12.1970 r., 2677 (XXV) z 9.12.1979 r. i inne.

⁵ Zob.: *Międzynarodowe prawo humanitarne we współczesnym świecie. Osiągnięcia i wyzwania*, pod red. T. Jasudowicza, Toruń 2007; E. Karska, *Prawa dziecka w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2013; T. Jasudowicz, M. Szuniewicz, M. Balcerzak, *Wojna i pokój. Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych*, Toruń 2008; M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów, uzupełnienie i red.* M. Gąska, E. Mikos-Skuza, Warszawa 2003.

Jako istotne fakty z ówczesnej sytuacji prawnomiędzynarodowej, politycznej, militarnej, gospodarczej i społecznej należałoby wymienić:

- ostateczny rozpad systemu kongresowego ustanowionego w latach 1814–1815 i opartego na regule mechanizmu równowagi sił (*balance of power*), najpierw w układzie pięciu mocarstw i następnie w systemie bipolarnym;
- wojna światowa;
- traktaty międzynarodowe zawarte w Wersalu i w miejscowościach podparyskich, na mocy których następują zmiany w Europie w dziedzinie politycznej, terytorialnej i w innych;
- rewolucja w Rosji, powstanie ZSRR;
- instytucjonalne umocowanie prawa narodów w międzynarodowej organizacji Ligi Narodów (LN);
- przejście władzy w Niemczech przez partię narodowo-socjalistyczną (1933 r.).

Problem relacji między prawem humanitarnym a prawami człowieka wiąże się z rozwojem cywilizacyjnym i definicją pojęcia „człowiek”. Od powstania w latach dwudziestych XX wieku genetyki jako odrębnej dziedziny nauki i rozpoczęcia w latach trzydziestych takich przedsięwzięć, jak eugenika oraz klonowanie i innych – dla celów bezpośrednich i dalszych – zasady, na których budowane są poszczególne dziedziny prawa, bez uwzględniania tradycyjnego postrzegania osoby ludzkiej stają się płynne.

2.2. Restytucja, rozwój i rozbiór Polski

Od chwili odrodzenia Polski jest przyjmowana myśl o kontynuacji bytu Rzeczypospolitej przedrozbiorowej. Dwa pierwsze traktaty rozbiorowe zostały bowiem wymuszone siłą, a trzeci został zawarty przez mocarstwa rozbiorowe bez udziału Polski i jako *res inter alior acta* nie mógł wiązać prawnie.

Doktrynę kontynuacji państwowości i odrodzenia Rzeczypospolitej na zasadzie *ius postliminii* przyjęły sądy polskie i instytucje państwowe. Według wyroku Sądu Najwyższego z 1923 r. „[...] tradycja państwowości polskiej trwa co najmniej od dziesięciu stuleci” i „[...] wznowienie działalności państwa, które [...] czasowo utraciło możliwość działania swojej państwowości, jest właściwie procesem wznowienia jego należytych organów państwowych, do którego wystarczy stała tradycja i wola uświadomionej części narodu, dążąca nieustannie do odzyskania bytu państwowego oraz życzliwa, choćby interesowna pomoc zewnętrzna”⁶.

⁶ „Orzecznictwo Sądów Polskich”, rocznik 1923, tom II, s. 346.

Doktryna kontynuacji i odrodzenia państwowości znajduje swój wyraz między innymi w ustawie z dnia 22 kwietnia 1919 r. o święcie narodowym Trzeciego Maja jako rocznicy uchwalenia Konstytucji w 1791 r.⁷ oraz w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁸ nawiązującej „do świetnej tradycji wiekopomnej Konstytucji 3-go Maja”⁹.

Objęcie „zwierzchniej władzy wojskowej” i przekazanie pełnej władzy Naczelnikowi Państwa przez Radę Regencyjną w dniach 11–14 listopada 1918 r. jest uznawane za odrodzenie Państwa Polskiego z własnej woli narodu¹⁰. Niepodległe Państwo Polskie ukonstytuowało się przed Kongresem w Paryżu (1919 r.) i zawarciem traktatów pokojowych¹¹. Traktat Wersalski potwierdził niepodległość Państwa Polskiego.

W okresie około dwudziestu lat niepodległości (1918–1939) Polska, jako podmiot prawa międzynarodowego, poprzez rozwój wszystkich dziedzin państwowości wnosi znaczący wkład do zakotwiczenia praw człowieka w systemie prawa wewnętrznego i prawa międzynarodowego oraz do osadzenia tych praw na konkretnym gruncie gospodarczym i społecznym. W Polsce jest tworzony nowoczesny system sądowniczy, administracji, samorządów, oświaty i mimo niekorzystnej sytuacji międzynarodowej są budowane tysiące szkół, łącznie tysiące kilometrów szlaków komunikacyjnych, kolejowych, drogowych i wodnych. Polska ma w 1939 r. dodatni bilans w handlu zagranicznym. Wywiad niemiecki wysoko ocenia Sztab Generalny i morale żołnierzy Wojska Polskiego.

Wojna obronna 1939 r., którą Wojska Polskie toczy jeszcze w październiku, jest nazwana w narodowo-socjalistycznych Niemczech „September Kampagne”. Nazwa podkreśla rangę zwycięstwa i nawiązuje do wielkich wypraw wojennych plemion germańskich.

Agresja obcych wojsk stanowi pogwałcenie prawa. Podzielone i następnie rozczłonkowane Państwo Polskie, na mocy układu międzypaństwowego z dnia 28 września 1939 r., istnieje nadal w formie konspiracyjnej z Rządem na Uchodźstwie, ale nie ma możliwości obrony ludności przed różnymi formami terroru i zbrodni, przede wszystkim zbrodni ludobójstwa. W kontekście rozwoju ówczesnych stosunków międzynarodowych nie jest banałem

⁷ Dziennik Praw Państwa Polskiego (Dz.Pr.P.P.) z 1919 r., Nr 25, poz. 241.

⁸ Ustawa z dnia 17 marca 1921 r.; Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U.R.P.) z 1921 r., Nr 44, poz. 267.

⁹ *Ibidem*, Preambuła.

¹⁰ Dz.Pr.R.P. z 1918 r., Nr 17 poz. 38–40.

¹¹ Traktat pokoju między mocarstwami sprzymierzonymi i skojarzonymi i Niemcami, podpisany w Wersalu dnia 28 czerwca 1919 r., Dz.U. z 1929 r., Nr 35, poz. 199 oraz Ustawa z dnia 31 lipca 1919 r. o ratyfikacji traktatu pokoju, Dz.U. z 1929 r., Nr 35, poz. 199.

stwierdzenie, że dobre prawo krajowe wnosi wkład do pomyślnego rozwoju państwa, w którym jego mieszkańcy są równi wobec prawa.

2.3. Ratyfikacja konwencji

Odrodzona Polska, jako podmiot prawa międzynarodowego, wnosi wkład do rozwoju międzynarodowego prawa humanitarnego między innymi przez ratyfikację konwencji.

18 lutego 1932 r. Prezydent RP Ignacy Mościcki ogłasza ustawę w sprawie ratyfikacji Konwencji dotyczącej traktowania jeńców wojennych, podpisanej w Genewie 27 lipca 1929 r. Wykonanie ustawy zostaje powierzone Ministrowi Spraw Zagranicznych, a wykonanie postanowień Konwencji Ministrowi Spraw Wojskowych w porozumieniu z innymi właściwymi ministrami¹².

11 lipca 1930 r. w imieniu Polski i Wolnego Miasta Gdańska w Sekretariacie LN zostaje złożony dokument ratyfikacyjny Konwencji i Statutu o utworzeniu Linii Międzynarodowej Niesienia Pomocy, podpisanych w Genewie wraz z Aktem Kończącym 12 lipca 1927 r.¹³

28 stycznia 1932 r. Polska ratyfikuje Porozumienie w sprawie ustanowienia Karty tranzytowej dla emigrantów. Porozumienie podpisują Rządy. Jak jest zaznaczone we wstępie Porozumienia, Rządy, przy ustanawianiu Karty kierują się „względami podyktowanymi przez uczucie ludzkości jako też celem uproszczenia formalności przy tranzycie emigrantów, podróżujących przez ich odnośne terytoria”¹⁴.

2.4. Prawa dziecka i osoby niepełnoletnie

W rezolucji Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych (ZONZ) *Youth, its education in the respect for human rights and fundamental freedoms, its problems and needs, and its participation in national development*¹⁵ zwracana jest uwaga na prawa człowieka jako dziecka i jako osoby niepełnoletnie w znaczeniu prawa humanitarnego, ponieważ są to osoby bezbronne, niewinne i narażone często na niebezpieczeństwa. Rezolucje ZONZ można rozpatrywać w odniesieniu do prac legislacyjnych i współpracy międzynarodowej Polski okresu międzywojennego. W 1924 r. Rzeczypospolita ratyfikuje konwencję dotyczącą zwalczania handlu kobietami i dziećmi¹⁶. W myśl artykułu 103 Konstytucji dzieci, osoby niepełnoletnie oraz macierzyństwo podlegają szczególnej ochronie przez Państwo¹⁷.

¹² Dz.U.R.P. z 1932 r., Nr 31, poz. 318.

¹³ Dz.U.R.P. z 1932 r., Nr 6, poz. 36.

¹⁴ Dz.U.R.P. z 1932 r., Nr 42, poz. 414.

¹⁵ Rezolucja nr 2633 (XXV); zob. także: A/8149, A/L. 609/Rev. 1, A/L 610, A/L 611.

¹⁶ Dz.U.R.P. z 1924 r., Nr 20, poz. 211.

¹⁷ Dz.U.R.P. z 1921 r., Nr 44, poz. 103.

Jednym z przykładów konkretnych rozwiązań legislacyjnych w dziedzinie ochrony młodocianych i kobiet zatrudnionych w zakładach przemysłowych są ustawy np. z 1924 r.¹⁸ i z 1933 r.¹⁹

O ówczesnych pracach legislacyjnych pisze A. Thon: „dzieło unifikacji ustawodawstwa niepodległej Polski postępuje w szybkim tempie naprzód”. Autor informuje o pracach nad „ustanowieniem podmiotowego prawa dziecka i nieletniego”²⁰.

Odnosnie do nieletnich, którzy popełnili czyn zabroniony, Kodeks karny w artykułach 69–78. uwzględnia szczególnie aspekt wychowawczy kary²¹.

2.5. Prawa człowieka według konstytucji

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej zapowiada we wstępie oparcie porządku wewnętrznego państwa na „zasadach prawa i wolności”²². Powszechne obowiązki i prawa obywatelskie określają postanowienia artykułów 87–124. Konstytucji. Przytoczmy tu niektóre z nich dla ilustracji ówczesnego porządku prawnego państwa odnośnie do praw człowieka.

Na mocy artykułu 95. Rzeczypospolita Polska zapewnia na swoim obszarze zupełną ochronę życia, wolności i mienia wszystkim bez różnicy pochodzenia, narodowości, języka, rasy lub religii. Natomiast cudzoziemcy mają równe prawa z obywatelami Państwa Polskiego na zasadzie wzajemności.

Artykuł 96. stanowi, że wszyscy obywatele są równi wobec prawa, a urzędy publiczne są dostępne w równej mierze dla wszystkich według przepisów prawa. Równość obywateli wobec prawa jest zagwarantowana również przepisem, który mówi, że „Rzeczypospolita nie uznaje przywilejów rodowych ani stanowych, jak również żadnych herbów, tytułów rodowych i innych z wyjątkiem naukowych, urzędowych i zawodowych”. Konstytucja zakazuje obywatelowi Rzeczypospolitej przyjmowania tytułów i orderów obcych państw bez zezwolenia Prezydenta Rzeczypospolitej. W myśl artykułu 109. osobne ustawy państwowe zabezpieczą mniejszościom w Państwie Polskim „pełny i swobodny rozwój ich właściwości narodowych”.

W konstytucjach Rzeczypospolitej Polskiej jest zauważalny aspekt dynamiczny praworządności, który wynika z rozwoju poszczególnych dziedzin państwa oraz zmian w sytuacji międzynarodowej. Ustawa konstytucyjna z 1935 r. w artykule 1 ust. 1–4 akcentuje ofiarność i odpowiedzialność pokoleń oraz potrzebę wzmocnienia siły i powagi Państwa, które jest wspólnym

¹⁸ Dz.U.R.P. z 1924 r., Nr 65, poz. 636 oraz Nr 101, poz. 773.

¹⁹ Dz.U.R.P. z 1933 r., Nr 13, poz. 87.

²⁰ A. Thon, *O jednolity system prawa dziecka i nieletniego*, „Warszawska Gazeta Sądowa” 1935, Nr 5.

²¹ Dz.U.R.P. z 1932 r., Nr 60, poz. 571.

²² Dz.U.R.P. z 1921 r., Nr 44, poz. 267.

dobrem wszystkich obywateli²³. Każdy z obywateli ma zapewnioną możliwość rozwoju jego osobistych wartości oraz wolność sumienia, słowa i zrzeszeń, a w granicach tych wolności jest dobro powszechne²⁴. Stale wzmagają się jednak zagrożenia zewnętrzne dla Państwa Polskiego i jego obywateli.

2.6. Kodeks karny – nowoczesne rozwiązania

Prawa człowieka łączą się między innymi z pojęciem „sprawiedliwość”, które jest osobistym odczuciem, ale ma również wymiar uniwersalny. Według artykułu 74. Konstytucji sprawiedliwość wymierzają sądy w imieniu Rzeczypospolitej²⁵.

Organizacja sądownictwa jest sformułowana w postanowieniach artykułów 74–86. Konstytucji z 1921 r. oraz w postanowieniach Konstytucji z 1935 r.²⁶

Wymiar sprawiedliwości opiera się między innymi na przepisach kodeksu karnego. Na mocy rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 11 lipca 1932 r. wchodzi w życie Kodeks karny²⁷.

W ówczesnej sytuacji międzynarodowej zagadnienia prawa karnego mają wymiar szczególny. R. Szawłowski zwraca uwagę na zawarte w polskim Kodeksie karnym z 1932 roku nowatorskie rozwiązania polskich prawników²⁸. Art. 113 penalizujący propagandę wojenną jest pierwszym tego rodzaju przepisem w skali globalnej²⁹.

Na kwestię karania za nawoływanie do wojny zaczepnej jako przestępstwa prawa narodów³⁰, wskazywał już w 1927 r. wybitny polski prawnik E.S. Rappaport³¹. Był on inicjatorem Międzynarodowych Konwencji Unifikacji Prawa Karnego. Pierwsza z nich odbyła się w listopadzie 1927 r.

²³ Dz.U.R.P. z 1935 r., Nr 30, poz. 227.

²⁴ *Ibidem*, art. 4–5.

²⁵ Dz.U.R.P. z 1921 r., Nr 44, poz. 267.

²⁶ Dz.U.R.P. z 1935 r., Nr 30, poz. 498.

²⁷ Dz.U.R.P. z 1932 r., Nr 60, poz. 571.

²⁸ Kodyfikacja z 11 lipca 1932 r. jest uważana za jedną z najlepszych i najbardziej postępowych kodyfikacji prawa w międzywojennej Europie. Por. M. Kornat, *Rafał Lemkin's formative years and the beginning of international Carter In Inter-war Poland (1918–1939)*, [w:] A. Bieńczyk-Missala, S. Dębski (red.), *Rafał Lemkin: a hero of humankind*, Warszawa 2010, s. 60 oraz R. Lemkin, M. MacDermott (eds.), *Polish Penal Code*, Durham 1939. Zob. R. Szawłowski, *Rafał Lemkin (1900–1959) – polski prawnik twórca pojęcia „ludobójstwo”*, [w:] R. Ignatiew, A. Kura, *Zbrodnie przeszłości. Opracowania i materiały prokuratorów IPN. Tom 2, Ludobójstwo*, Warszawa 2008.

²⁹ Dz.U. z 1932 r., Nr 60, poz. 571. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny. Art. 113 § 1: „Kto publicznie nawołuje do wojny zaczepnej, podlega karze więzienia do lat 5”. § 2: „Ściganie następuje tylko wtedy, gdy czyn w § 1 określony, uznany jest za karalny przez ustawy państw, przeciw którym nawoływanie jest skierowane”. Zob. R. Szawłowski, *op. cit.*, s. 11.

³⁰ Pierwotna nazwa prawa międzynarodowego.

³¹ E.S. Rappaport zgłosił nowatorską propozycję na pierwszej konferencji unifikacyjnej prawa karnego, która odbyła się w Warszawie w listopadzie 1927 r.

w Warszawie³². Ustaliła ona listę przestępstw w prawie międzynarodowym (*delicts de droit des gens*):

- rozbójnictwo morskie,
- handel niewolnikami,
- handel kobietami i dziećmi,
- handel środkami odurzającymi,
- wprowadzanie w obieg i handel wydawnictwami pornograficznymi,
- przerywanie i uszkodzenie kabli podmorskich,
- ciężkie przestępstwa w dziedzinie komunikacji radioelektrycznej (przesyłanie lub użytkowanie określone fałszywych lub w błąd prowadzących sygnałów katastrofy lub wzywania pomocy),
- fałszowanie pieniędzy, papierów wartościowych lub kredytowych,
- akty barbarzyństwa lub wandalizmu, zdolne do wywołania niebezpieczeństwa powszechnego.

W swoim raporcie po konferencji unifikacyjnej w 1933 roku E. Rappaport informował, że „porządek dzienny [...] obejmował sześć zagadnień głównie natury organizacyjnej i procesowej, co stanowi do pewnego stopnia znamienne *signum temporis* co do coraz to bardziej uwidaczniającej się potrzeby międzynarodowego zespalania wysiłków nie tylko w zakresie uzgadniania w państwach poszczególnych i organizacjach międzypaństwowych przepisów o charakterze procesowo-ustrojowym, które z istoty rzeczy w każdym poszczególnym państwie ściśle się wiążą z jego swoistymi warunkami i potrzebami”³³. Rappaport wskazywał na wyróżniającą się rolę polskich prawników. Na 57 wygłoszonych referatów, osiem przygotowali naukowcy z Polski.

W odpowiedzi na pytanie, do jakich przestępstw należy przyjąć właściwość powszechną, wskazywali oni m.in., że z uwagi na przebieg dotychczasowych starań polskich na gruncie międzynarodowym zachodzi potrzeba „rozwinienia nowej dziedziny przepisów co do przestępstw przeciwko pokojowi”³⁴. Ten postulat jest zgodny z wprowadzonym do polskiego Kodeksu karnego z 1932 r. art. 113 o karaniu przestępstwa nawoływania do wojny zaczepnej. Polscy prawnicy wskazywali również na zagadnienie karalności rozpowszechniania fałszywych pogłosek, szkodliwych dla pokoju między-

³² Również na następnych konferencjach polscy prawnicy mieli znaczący udział. II Międzynarodowa Konferencja odbyła się w 1928 r. w Rzymie, III – w 1930 r. w Brukseli, IV – 1931 r. w Paryżu, V – w 1933 r. w Palermo, VI – w 1935 r. w Kopenhadze. Zob. E.S. Rappaport, *V Konferencja Międzynarodowa Unifikacji Prawa Karnego a jej poprzedniczki (garść wspomnień, wrażeń i myśli 1927–1933)*, Warszawa 1934 oraz Conference Internationale d’Unification du Droit Penal (Varsovie, 1–5 Novembre, 1927), Actes de la Conference, Paris 1929.

³³ Sprawozdanie E.S. Rappaporta, „Warszawska Gazeta Sądowa”, Nr 27 z 3 lipca 1933 r., s. 426.

³⁴ Referaty prok. Sądu Najwyższego W. de Michaelisa oraz doc. M. Potulickiego. Zob. „Warszawska Gazeta Sądowa” 1933, Nr 27, s. 426.

narodowego. Rappaport podkreślał, że uchwała Międzynarodowego Kongresu Prawa Karnego była w istotnej części zgodna „z całym dotychczasowym przebiegiem prac Międzynarodowego Zrzeszenia Prawa Karnego i Biura Międzynarodowego Unifikacji Prawa Karnego [...] i aktualna również dla Konferencji Rozbrojeniowej w Łonie Ligi Narodów i działalności delegacji polskiej”³⁵.

Jednym z dominujących wątków konferencji była kwestia podnoszona przez polskich prawników, tj. postulat unifikacji prawa karnego poszczególnych państw. Celem miało być stworzenie tekstów wspólnych dla kodeksów karnych narodowych, w szczególności dla przestępstw, które są „w równej mierze niebezpieczne dla wszystkich państw, i które powinny być ścigane bez względu na miejsce popełnienia przestępstwa i obywatelstwo sprawcy”³⁶.

Uczestnicy Kongresów unifikacyjnych postulowali, by „dla zapewnienia powszechności ścigania wszystkich przestępstw, które byłyby zgodnie uznane przez państwa za naruszające interesy wszystkich państw lub za naruszające na niebezpieczeństwo stosunki międzynarodowe, konwencje międzynarodowe obecnie obowiązujące uległy rewizji lub by zawarto konwencje nowe”³⁷.

2.7. Lemkin – Father of the Genocide Convention³⁸

Przeciwdziałania zagrożeniom przedstawiamy na przykładzie prac Rafała Lemkina, zespołu prawników – uczestników Międzynarodowych Konwencji Unifikacji Prawa Karnego oraz na podstawie Memorandum Rządu Polskiego o rozbrojeniu moralnym.

Znaczący wkład w rozwój międzynarodowego prawa humanitarnego wniósł R. Lemkin. Jest on uznawany za jedną z najważniejszych osób, które odegrały największą rolę w rozwoju prawnomiędzynarodowej ochrony praw człowieka³⁹. Przedmiotem zainteresowania naukowego polskiego prawnika było głównie prawo karne – zarówno z perspektywy krajowej, jak i międzynarodowej.

R. Lemkin zapisał się w historii światowej myśli prawniczej jako twórca pojęcia ludobójstwo (*genocide*) oraz intelektualista, który samotnie alarmował

³⁵ Sprawozdanie E.S. Rappaporta, *op.cit.*

³⁶ Zob. *Komunikat Polskiej Komisji Współpracy Międzynarodowej*, „Wileński przegląd prawniczy” 1932, Nr 3, s. 76.

³⁷ Sprawozdanie E.S. Rappaporta, *op.cit.*

³⁸ W części polskiej literatury błędnie określa się, że napis na nagrobku Lemkina w Nowym Jorku brzmi „ojciec pojęcia ludobójstwo”. W rzeczywistości brzmi on „ojciec konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa” (oryg. „Father of the Genocide Convention”).

³⁹ Zob.: Wstęp do dzieła Rafała Lemkina *Rządy państw Osi w okupowanej Europie*, Warszawa 2013, s. 21.

światową opinię publiczną w sprawie największej zbrodni pośród zbrodni (*the crime of crimes*)⁴⁰.

D.G. Dutton podkreśla, że Lemkin lobbował w ONZ z wielką pasją, by Narody Zjednoczone w opracowywanych przepisach prawnych wprowadziły, a tym samym uznały, masowe zabójstwo za ludobójstwo⁴¹. J. Vervliet zwraca uwagę, że polski prawnik i jego osiągnięcia nie były znane szerokiemu kręgu osób na świecie aż do publikacji książki Samantha Power *A Problem from Hell. America and the Age of Genocide* w 2002 r.⁴² Przypomniała ona, że premier Wielkiej Brytanii Winston Churchill mówił o zbrodni, która nie była nazwana. Została ona dopiero określona przez Lemkina⁴³.

S. Power wskazała na dążenia polskiego prawnika, by uchwalić uniwersalne prawo (*universal repression*), które mogłoby zapobiec destrukcji całych narodów, ras i grup religijnych⁴⁴. Stał się on w ten sposób prekursorem pojęcia prawnego, współcześnie określanego jako jurysdykcja uniwersalna⁴⁵. Lemkin w swoich propozycjach prawnych dążył do tego, by zarówno fizyczna, jak i kulturalna egzystencja całych grup społecznych była chroniona.

⁴⁰ Por. R. Lemkin, *Genocide as a Crime under International Law*, „The American Journal of International Law” 1947, Vol. 41, № 1, s. 145–151. Lemkin stworzył międzynarodowe pojęcie *genocide* wykorzystując połączenie dwóch słów: *geno* (z greckiego – rasa, szczerp) i *cide* (z łacińskiego *caedere* – zabijanie). Powstało w ten sposób pojęcie proste w konstrukcji językowej, wyróżniające się i trudne do zniekształcenia. Polski prawnik wykrystalizował przy tym swoją wiedzę zdobytą w czasie studiów filologicznych. Wśród rozpatrywanych przez niego słów były m.in. masowe zabójstwo (*mass murder*) oraz wynarodowienie (*denationalization*). Inspiracją dla Lemkina było pojęcie „Kodak” stworzone przez założyciela amerykańskiego koncernu fotograficznego, George’a Eastmana. Słowo „Kodak” wyróżniało się trzema pożądanymi cechami: było krótkie, proste językowo i nie odzwierciedlało żadnych związków z niczym, z wyjątkiem produktów Kodaka. Zwrot *genocide* zyskał jeszcze czwarty, najważniejszy element. Jego użycie było związane z automatycznym potępieniem sprawy. Więcej na temat genezy powstania pojęcia zawiera dyskusja na łamach „The New York Times” (W. Kaempffert, *Genocide Is the New Name for the Crime Fastened on the Nazi Leaders*, „The New York Times” 1946, 20 października, s. E13). Zob. również: S. Power, *A Problem from Hell. America and the Age of Genocide*, Nowy Jork 2002, s. 41–42 oraz S. Troebst, *Lemkin and Lauterpacht in Lemberg and Later: Pre- and Post Holocaust Careers of Two East European International Lawyers*, Annual Conference 2013 of the Imre Kertesz Kolleg at Friedrich Schiller University Jena, *Catastrophe and Utopia: Central and Eastern European Intellectual Horizons 1933 to 1958*, Budapeszt 2013, s. 1. Dokument dostępny pod adresem <http://www.iwm.at/read-listen-watch/transit-online/lemkin-and-lauterpacht-in-lemburg-and-later-pre-and-post-holocaust-careers-of-two-east-european-international-lawyers/> (dostęp: 24.10.2014 r.).

⁴¹ D.G. Dutton, *The Psychology of Genocide, Massacres, and Extreme Violence*, Westport 2007, s. 21.

⁴² W następnych latach po wydaniu nagrodzonego nagrodą Pulitzera dzieła Samantha Power zostały opublikowane książki szczegółowo opisujące biografie, osiągnięcia naukowe i wkład Lemkina w Międzynarodowe Prawo Humanitarne. Zob. np. J. Cooper, *Raphael Lemkin and the Struggle for the Genocide Convention*, London 2008. Autorem pierwszej biografii R. Lemkina jest W. Korey, *An Epitaph for Raphael Lemkin*, Jacob Blaustein Institute for the Advancement Human Rights of the American Jewish Committee, Nowy Jork 2001. Pokażna kolekcja unikatowych dokumentów Lemkina z jego pracy w Nowym Jorku została zapisana w USA na mikrofilmach i jest dostępna w New York Public Library na Manhattanie.

⁴³ S. Power, *op.cit.*, s. 19 i 21.

⁴⁴ Manuskrypty Lemkina, 2 rol., New York Public Library.

⁴⁵ *Universal Jurisdiction*. Sprawcy zbrodni powinni być osądzeni, w miejscu, gdzie zostali pojmani, niezależnie od miejsca popełnienia przestępstwa, narodowości oraz oficjalnego statusu przestępcy. Propozycja przedstawiona 14 października 1933 r. na konferencji w Madrycie.

Lemkin jest architektem jednego z najważniejszych zbiorów przepisów dotyczących praw człowieka, Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, przyjętej w Nowym Jorku 9 grudnia 1948 r.⁴⁶

Na brak ogólnoświatowych regulacji dotyczących karania za zbrodnie ludobójstwa wskazywał już jako słuchacz Uniwersytetu Lwowskiego. R.M. Bartlett zaznacza, że ówczesny 21-letni student prawa uznał tę lukę prawną za najbardziej nielogiczną⁴⁷. Sam Lemkin w swojej autobiografii⁴⁸ podkreślał, że forma prawna dotycząca suwerenności państwa niewłaściwie pozwala na ochronę osób, które usiłują wyeliminować całe grupy mniejszości. Uznał, że suwerenność nie powinna być utożsamiana z prawem do zabijania milionów niewinnych ludzi⁴⁹.

Poddając ocenie całociowy dorobek naukowy Lemkina można wskazać, jak zauważa A.D. Rotfeld, że jeden człowiek, przy odpowiednim zaangażowaniu i motywacjach, odegrać może fundamentalną rolę dla losów całego cywilizowanego świata⁵⁰. Lemkin wyprzedzał swój czas, zarówno wtedy, gdy zajmował się zagadnieniami totalitaryzmów, jak i gdy podjął tematykę terroryzmu międzynarodowego, którym to zagrożeniem nikt się wtedy nie zajmował. Czas pokazał, jak okazało się to ważne⁵¹.

W referacie wygłoszonym w 1935 r. na VI Międzynarodowej Konferencji Unifikacji Prawa Karnego w Kopenhadze Lemkin przedstawił zagadnienie terroryzmu, jego przedmiot i rodzaj⁵². Autor określił czynniki składowe terroryzmu, w tym przyczyny i cele, zagadnienie dobra chronionego oraz sposób i przedmiot działania.

Po przeprowadzeniu analizy zagadnienia terroryzmu wewnętrznego i terroryzmu międzynarodowego, Lemkin sformułował przepisy do kodeksów karnych, które traktowały terroryzm wewnętrzny i międzynarodowy jako przestępstwo powszechne.

⁴⁶ Dz.U. z 1952 r., Nr 2, poz. 9. Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 9 grudnia 1948 r. Zob. również: M. Gąska, E. Mikos-Skuza (red.), *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów*, Warszawa 2003, s. 494–496, T. Jasudowicz, M. Szuniewicz, M. Balcerzak, *op.cit.*, s. 97–98. Tekst oryginalny konwencji w jednym z języków urzędowych: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2078/volume-78-I-1021-English.pdf> (dostęp: 3.11.2014 r.).

⁴⁷ R.M. Bartlett, *They Stand Invincible: Men Who Are Reshaping Our World*, Nowy Jork 1959, s. 96.

⁴⁸ Była ona niepublikowana aż do 2013 roku, kiedy to wydało ją Yale University Press w Connecticut. Poszczególne notatki Lemkina znajdowały się m.in. w Huntsville w Alabamie, Nowym Jorku oraz Cincinnati w Ohio.

⁴⁹ R. Lemkin, *Totally Unofficial. The Autobiography of Raphael Lemkin*, New Haven 2013, s. 23.

⁵⁰ Cyt. za <http://geremek.pl/index.php?id=453> (dostęp: 21.10.2014 r.).

⁵¹ Cyt. Za: http://www.msz.gov.pl/pl/aktualnosci/msz_w_mediach/zaprezentowano_ksiazke_polskiego_karnisty_rafala_lemkina_depesza_pap_18_02_2014 (dostęp: 21.10.2014 r.). Zob. też A.D. Rotfeld, *The Lemkin Concept of Genocide: A New Definition for an Old Crime*, [w:] A. Bieńczyk-Missala, S. Dębski (red.), *Rafał Lemkin: a Hero of Humankind*, Warszawa 2010.

⁵² R. Lemkin, *Terroryzm*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1935, Nr LXII, s. 561–564.

R. Lemkin był ekspertem polskiego Ministerstwa Spraw Zagranicznych i brał udział w kolejnych konferencjach na rzecz kodyfikacji międzynarodowego prawa karnego organizowanych w ramach LN. Reprezentował on mocne i widoczne na forum międzynarodowym środowisko polskich prawników działających według zasady LN „pokój przez prawo międzynarodowe”⁵³. B. Clavero podkreśla, że nowatorski dorobek Lemkina został doceniony na międzynarodowych konferencjach kodyfikacyjnych⁵⁴.

2.8. Rozbrojenie moralne – nowatorska myśl polskich prawników

Na forum Ligi Narodów nowoczesne myśli polskich prawników podnosiła dyplomacja Rzeczypospolitej. W 1931 r. Memorandum⁵⁵ w sprawie rozbrojenia moralnego⁵⁶ złożył na ręce Sekretarza Generalnego LN Minister Spraw Zagranicznych August Zaleski⁵⁷. Na prośbę polskiego rządu tekst memorandum został przesłany wszystkim rządów państw zaproszonych na światową Konferencję Rozbrojeniową w Genewie w 1932 r. Polska dyplomacja zaproponowała międzynarodową debatę, która mogłaby doprowadzić do zawarcia konwencji o „rozbrojeniu moralnym”.

Jak wynika z treści Memorandum, pojęcie „rozbrojenie moralne” oznacza zaniechanie – zwłaszcza w prasie i w radiu – propagowania nienawiści jednego narodu do drugiego i podżegania do wojny agresywnej. Memorandum zwraca uwagę, że tak jak ustawodawstwa wewnętrzne kierują się obroną wyższego dobra – dobra narodu, również ustawodawstwo międzynarodowe powinno wziąć pod uwagę dobro społeczności międzynarodowej.

Memorandum zawiera sugestie, w jaki sposób na drodze prawnomiędzynarodowej można by zapobiegać podżeganiu do wojny i agresji. Należałoby zatem przygotować listę czynów, które zagrażają pokojowi i powinny być ścigane na drodze karnej.

Memorandum podkreśla szczególną rolę prasy, która może służyć sprawie pokoju, ale też poprzez podburzanie i fałszowanie faktów może szerzyć nienawiść. Rozbrojenie moralne może być realizowane od razu, bez wprowadzania zasadniczych zmian, np. w systemach gospodarczych państw. Do-

⁵³ M. Kornat, *Rafał Lemkin's formative years and the beginning of international Carter In Inter-war Poland (1918–1939)*, [w:] A. Bieńczyk-Missala, S. Dębski (red.), *Rafał Lemkin: a Hero of Humankind*, Warszawa 2010, s. 61 i n.

⁵⁴ B. Clavero, *Genocide or Ethnocide, 1933–2007: How to Make, Unmake, and Remake Law with Words*, Mediolan 2008, s. 25.

⁵⁵ Memorandum Rządu Polskiego w sprawie przeprowadzenia rozbrojenia moralnego, „Przegląd polityczny” 1931, tom 15.

⁵⁶ Zob.: W. Michowicz, *Genewska Konferencja Rozbrojeniowa (1932–1937) a dyplomacja polska*, Łódź 1989, s. 103 i n.

⁵⁷ LoN Doc. Ser., C.602.M.240.1931.IX [Conf. D.16].

świadczenia narodów w następnych latach od zgłoszenia Memorandum wskazują na głęboki sens zawarty w tekście.

W dokumencie złożonym przez ministra Zaleskiego 17 września 1931 r. na XII sesji Zgromadzenia LN Polska wskazywała, że konwencja powinna objąć kilka dziedzin, w tym prawo karne, wychowanie oraz media⁵⁸. Wśród propozycji znalazł się również postulat kodyfikacji prawa karnego w poszczególnych państwach. Na podstawie nowych przepisów można by skazywać osoby podżegające do wojny lub inną działalność zagrażającą pokojowi na kary więzienia. Znowelizowane prawo miałoby również potępiać wszczynanie wojny jako narzędzia polityki międzynarodowej. W pełni została ona rozwinięta na Konferencji Rozbrojeniowej w postaci Memorandum z 13 lutego 1932 r. Postulaty prawne zawarte w tym dokumencie dotyczą:

- wprowadzenia w kodeksach prawa karnego wszystkich państw zapisu uznającego podżeganie do wojny lub inne działania tego typu za przestępstwo,
- utworzenie sytemu kontroli prasy przez powołanie Międzynarodowego Trybunału Dyscyplinarnego dla dziennikarzy podających fałszywe informacje lub prowadzących wprost prowojenną propagandę,
- nałożenia na instytucje oświatowe obowiązku wychowania młodzieży w duchu pokoju,
- zaangażowanie w propagandę pokojową radia, teatrów, kinematografii.

Dalsze prace prawne w sprawie rozbrojenia moralnego prowadzono w powołanym do tego celu Komitecie Rozbrojenia Moralnego.

„Moralne rozbrojenie” miało stanowić „soft power” i umożliwiać zmianę idei przez dyplomację i rozwiązywanie konfliktów dzięki współpracy intelektualnej i medialnej⁵⁹.

Warto zwrócić uwagę na zaangażowanie na forum Ligi Narodów polskiej noblistki Marii Curie Skłodowskiej⁶⁰. Udział wybitnej uczzonej w pracach LN, stanowił „jedyne jej odstępstwo od całkowitej i wyłącznej wierności Nauce”⁶¹. Inicjatywa polskiej dyplomacji w sprawie „rozbrojenia moralnego” zbiegła się w czasie z reorganizacją struktury międzynarodowej współpracy intelektualnej LN, w pracach której noblistka miała znaczący udział.

⁵⁸ S. Lommers, *Europe – On Air. Interwar Projects for Radio Broadcasting*, Amsterdam 2012, s. 201.

⁵⁹ H.J.S. Tworek, *Peace through Truth? The Press and Moral Disarmament through the League of Nations*, „Medien & Zeit” 2010, Nr 4, s. 17.

⁶⁰ A.M. Brzeziński, *Maria Skłodowska-Curie a polski projekt „rozbrojenia moralnego” w Lidze Narodów (1931–1933)*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, Vol. LXVI, z. 1, Lublin 2011, s. 119 i n.

⁶¹ S.W. Pycior, „Her only infidelity to scientific research”: Marie Skłodowska-Curie and the League of Nations, „The Polish Review”, Vol. XLI, Nr 4, Champaign 1996, s. 449 i n.

3. Wnioski

W artykule przedstawiono wybraną myśl z polskiego dorobku prawnego z okresu pomiędzy wojnami. W sytuacji politycznej, militarnej i gospodarczej ówczesnej Europy odrodzona, suwerenna Polska odgrywa znaczącą rolę w formułowaniu zasad międzynarodowego prawa humanitarnego. Polska myśl prawna z okresu międzywojennego znajduje poniekąd swoje odbicie po drugiej wojnie światowej w dokumentach i opracowaniach.

Restytucja Rzeczypospolitej i rozwój wszystkich dziedzin państwowości z uwzględnieniem praw człowieka i prawa humanitarnego, następnie agresja obcych wojsk na Polskę z pogwałceniem norm prawa, okupacja, terror wobec ludności i zbrodnie, w tym ludobójstwo, a po zakończeniu wojny światowej treść Wstępu i postanowień ogólnych Karty Narodów Zjednoczonych oraz Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa oraz Deklaracja Praw Człowieka i połączenie się 193 „suwerennie równych państw”, w tym Polski, w Organizacji Narodów Zjednoczonych są faktami, które wskazują dzisiaj na szanse i na zagrożenia dla człowieka w systemie państwa i w mniej lub bardziej zintegrowanych związkach państw.

Szanse i zagrożenia mogą wynikać przede wszystkim z respektowania lub nierespektowania ustanowionych dobrych norm prawnych w porządku wewnętrznym i międzynarodowym.

LEGITYMIZACJA UNIWERSALNEJ JURYSDYKCJI JAKO NARZĘDZIA IMPLEMENTACJI MIĘDZYNARODOWEGO PRAWA HUMANITARNEGO

LEGITIMACY OF UNIVERSAL JURISDICTION AS A TOOL FOR THE IMPLEMENTATION OF IHL

Summary

The subject of this Article is the analysis of the legitimacy of universal jurisdiction as a tool for the implementation of International Humanitarian Law (IHL). Universal jurisdiction creates an opportunity to prosecute perpetrators of war crimes by any state without the need for a traditional link between the *forum* state and the elements of the crime. The Article begins with reconstructing both the technical element of the definition of the institution as a rule of competence as well as its ethical foundation. It also draws attention to the most important criticism of the use of universal jurisdiction and points to the different risks arising from the possibility of its abuse. In the next part it puts forward an argument that the correct legitimized use of universal jurisdiction in itself can be seen as a legitimacy requirement for international law, including IHL, and the penal systems of the states using this institution. In the last part, the argument concludes with a proposal for the content of a general standard of moral and legal legitimacy of universal jurisdiction as a tool for the implementation of IHL.

keywords: universal jurisdiction, legality, legitimacy, international community, war crimes

1. Wstęp

Pociąganie zbrodniarzy wojennych do odpowiedzialności karnej przed sądami za naruszenia międzynarodowego prawa humanitarne (MPH) jest jedną z podstawowych metod jego implementacji i w dużej mierze warunkuje efektywność *ius in bellum*. Jednym z najbardziej kontrowersyjnych prawnie i politycznie sposobów wymierzania sprawiedliwości za zbrodnie wojenne jest dochodzenie jej w drodze procesu karnego na zasadzie jurysdykcji uni-

wersalnej czy też powszechnej¹. Instytucja ta umożliwia wymiarowi sprawiedliwości dowolnego państwa ściganie i karanie najcięższych przestępstw, w tym poważnych naruszeń MPH, bez konieczności zaistnienia jakiegokolwiek osobowego, terytorialnego lub innego związku w danej sprawie pomiędzy państwem, którego sąd rozstrzyga sprawę (państwem *forum*) a miejscem popełnienia zarzucanych czynów, obywatelstwem sprawców lub ofiar albo innym tradycyjnie uznanym w nauce prawa karnego łącznikiem. Niniejszy artykuł podejmuje złożoną problematykę legitymizacji tej instytucji w prawie międzynarodowym i argumentuje za uzasadnieniem utrzymania praktyki jej stosowania przede wszystkim w przypadku zbrodni wojennych. Zaproponowano zarys modelu standardu legitymizacyjnego uniwersalnej jurysdykcji, który, biorąc pod uwagę najważniejsze argumenty krytyczne pod adresem tej instytucji, dąży do określenia prawnie i politycznie akceptowalnych ram jej stosowania.

2. Uniwersalna jurysdykcja jako reguła kompetencyjna

W obecnym stanie prawnym państwa są zobowiązane ścigać i karać zbrodnie wojenne – a zatem wykonywać jurysdykcję karną nad sprawcami tych przestępstw². Tradycyjnie jurysdykcja karna jest postrzegana jako istotny atrybut suwerenności państwa. Dlatego też wykonywanie tej kompetencji wymaga istnienia pewnego terytorialnego, osobowego lub funkcjonalnego związku pomiędzy przestępstwem lub jego sprawcą a państwem miejsca ścigania i sądenia sprawy, który określa się jako łącznik. Doktryna międzynarodowego prawa karnego wyróżnia cztery typy takich łączników. Pierwszym z nich jest zasada terytorialności, głosząca że właściwe są organy państwa, na którego terytorium dokonano przestępstwa lub gdzie ujawniły się jego skutki, a drugim jest zasada czynnego zwierzchnictwa personalnego, przyznająca jurysdykcję państwu obywatelstwa sprawcy. Trzeci łącznik to zasada biernego zwierzchnictwa personalnego, która przyznaje kompetencję do sprawowania jurysdykcji państwu obywatelstwa ofiary przestępstwa i w końcu czwartym łącznikiem jest zasada jurysdykcji ochronnej opierająca się na stwierdzeniu, iż czyn karalny godzi w szczególne interesy

¹ W literaturze można także spotkać się z terminem „zasada represji wszechświatowej” (zob. np. A. Marek, *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2001, s. 83–85), jednak wydaje się, że jest ono ograniczone do traktatowych podstaw stosowania tej instytucji i nie obejmuje podstawy zwyczajowej jak w wypadku zaczerpniętego z języka angielskiego terminu „uniwersalna jurysdykcja” (*universal jurisdiction*).

² Rule 158. *Prosecution of War Crimes*, [w:] *Customary IHL database*, Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża, dostępne on-line: https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule158 (dostęp: 8.11.2015 r.). J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, Cambridge University Press, New York 2009, s. 607–611.

państwa sprawowania jurysdykcji³. Łącznik stanowi zatem swego rodzaju *ratio* dla wykonywania jurysdykcji karnej przez dane państwo i do pewnego stopnia konstruuje zasady rozgraniczenia uprawnień pomiędzy poszczególnymi państwami, co nie oznacza oczywiście, że nie zdarzają się w tym zakresie spory kompetencyjne. Na tym tle należy stwierdzić, że większość doktrynalnych koncepcji **definiuje uniwersalną jurysdykcję jako możliwość legalnego wykonywania jurysdykcji karnej względem pewnej kategorii przestępstw wagi międzynarodowej przez każde państwo pomimo braku istnienia jakiegokolwiek spośród wymienionych typów łączników w czasie popełnienia czynu**⁴. Katalog przestępstw względem których dopuszczalne jest wykonywanie jurysdykcji na podstawie uniwersalnej jest ograniczony, choć sporny; na ogół nie budzi jednak wątpliwości uwzględnienie wśród nich zbrodni wojennych, zbrodni przeciwko ludzkości, ludobójstwa oraz innych ciężkich naruszeń praw człowieka (np. niewolnictwo)⁵. Tak w ogólnym zarysie kształtuje się formalny element definiujący instytucję uniwersalnej jurysdykcji – poprzez odniesienie się do aspektu kompetencji jurysdykcyjnej państwa *forum*. Z punktu widzenia procesowego można zaakceptować taką definicję przy założeniu, że jest to po prostu reguła kompetencyjna warunkująca uruchomienie procedury ścigania pewnych określonych w drodze traktatowej lub zwyczajowej grup przestępstw. Owo „techniczne” podejście do problemu uniwersalnej jurysdykcji było historycznie wykorzystywane w przypadku ścigania i karania przestępstwa piractwa jako uderzającego we wspólne interesy handlowe potęg morskich⁶. Ponieważ w wypadku przestępstw popełnianych na morzu otwartym możliwość stosowania tradycyjnych łączników jurysdykcji karnej była często *de facto* osłabiona albo odwoływanie się do tych zasad okazywało się być po prostu nieefektywne, państwa godziły się (na zasadzie normy zwyczajowej) na wykonywanie w przypadku przestępstwa piractwa jurysdykcji uniwersalnej celem uniemożliwienia powstania luki prawnej mogącej w innym przypadku skutkować *de iure* bezkarnością piratów. Wydaje się jednak, że taka definicja uniwersalnej jurysdykcji

³ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2004, s. 232–235, cyt. także przez J. Zajadło, *Uniwersalna jurysdykcja – kilka uwag filozoficznoprawnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 3, s. 65.

⁴ Por. R. O’Keefe, *Universal Jurisdiction. Clarifying the Basic Concept*, „Journal of International Criminal Justice” 2004, t. 2, s. 745–747.

⁵ Zob. np. E.K. Leonard, *Global Governance and the State: Domestic Enforcement of Universal Jurisdiction*, „Human Rights Review” 2015, t. 16, Nr 2, s. 149, doi: 10.1007/s12142-015-0354-6.

⁶ Pogląd, iż uniwersalna jurysdykcja rozwinęła się po II wojnie światowej poprzez procesy norymberskie na podstawie wcześniejszej praktyki ścigania przestępstwa piractwa jest poglądem dominującym w literaturze. Jednakże warto zwrócić także uwagę na ważne badania podważające tę tezę – zob. M. Garrod, *The Protective Principle of Jurisdiction over War Crimes and the Hollow Concept of Universality*, „International Criminal Law Review” 2012, t. 12, s. 763–826.

jest niesatysfakcjonująca. Pozornie wypełnia ona bowiem lukę kompetencyjną w sytuacji braku łącznika, jednak nadal nie odpowiada na pytanie o uzasadnienie podjęcia postępowania karnego w takiej sytuacji, tym bardziej jeśli więcej niż jeden podmiot jest zainteresowany ściganiem określonego przestępstwa międzynarodowego. Istnienie jednego z uznawanych łączników nie służy bowiem jedynie rozgraniczeniu kompetencji pomiędzy państwami, ale dostarcza także politycznego uzasadnienia dla sprawowania jurysdykcji przez wymiar sprawiedliwości konkretnego państwa. Przytoczona wyżej definicja uniwersalnej jurysdykcji pomija jednak kwestię legitymizacji tej instytucji oraz wymogów i ewentualnego pierwszeństwa jej zastosowania przed innymi podstawami jurysdykcyjnymi w konkretnych przypadkach.

3. Uniwersalna jurysdykcja a MPH

Przed rozstrzygnięciem wątpliwości dotyczących legitymizacji samej instytucji uniwersalnej jurysdykcji, należy zastanowić się nad jej relacją do szczególnej gałęzi prawa jaką jest MPH. Związki między wyżej zdefiniowaną regułą uniwersalnej jurysdykcji a implementacją MPH są bezpośrednie. W literaturze dominuje bowiem pogląd, że zobowiązanie państw stron Konwencji genewskich z 1949 r. do ścigania karnego tzw. ciężkich naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego (*grave breaches*) w rozumieniu tychże konwencji obejmuje swoim zakresem także stosowanie uniwersalnej jurysdykcji⁷. Co prawda nie posłużono się bezpośrednio sformułowaniem „uniwersalna jurysdykcja”, jednakże zarówno w doktrynie jak i praktyce państw nie zakwestionowano odpowiednich przepisów czterech konwencji genewskich w zakresie kompetencji stron do stosowania represji karnej bez względu na zaistnienie łącznika. Na takie rozumienie tej instytucji wskazują też *travaux préparatoires*⁸. Mimo więc zastrzeżenia, że w tym wypadku mamy do czynienia z instytucją prawa traktatowego ważną między stronami (*inter partes*) konwencji genewskich, wobec szczególnego statusu tego instrumentu prawnego dominuje pogląd, że jest to wręcz paradygmatyczny przykład uni-

⁷ Artykuły 49 I Konwencji genewskiej, art. 50 II Konwencji Genewskiej, art. 129 III Konwencji genewskiej i art. 146 IV Konwencji genewskiej zawierają w tym zakresie analogiczne unormowania. Dla przykładu, art. 50 II Konwencji genewskiej o ochronie ofiar wojny z 12 sierpnia 1949 r. stanowi: „Wysokie Umawiające się Strony zobowiązują się do wydania niezbędnych przepisów ustawodawczych w celu ustalenia odpowiednich sankcji karnych w stosunku do osób, które popełniły albo wydały rozkaz popełnienia jakiegokolwiek z ciężkich naruszeń niniejszej Konwencji, określonych w następnym artykule. Każda Umawiająca się Strona obowiązana będzie poszukiwać osób podejrzanych o popełnienie albo wydanie rozkazu popełnienia jakiegokolwiek z tych ciężkich naruszeń i powinna ścigać je przed swoimi własnymi sądami bez względu na ich obywatelstwo. Będzie ona również mogła, jeżeli woli, wydać te osoby na warunkach przewidzianych przez jej własne ustawodawstwo do osądzenia innej zainteresowanej w ściganiu Umawiającej się Stronie, o ile ta Strona posiada dostateczne dowody obciążające przeciwko powyższym osobom [...]”.

⁸ R. O’Keefe, *The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction*, „Journal of International Criminal Justice” 2009, t. 7, s. 814–815.

wersalnej jurysdykcji⁹. Międzynarodowe prawo humanitarne, przynajmniej w zakresie uregulowanym w czterech konwencjach genewskich, jest zatem reżimem prawnym wprost zezwalającym, a wręcz nakazującym stronom stosować uniwersalną jurysdykcję jako podstawę ścigania. Co więcej, konwencje genewskie są pierwszą powszechną podstawą traktatową do stosowania uniwersalnej jurysdykcji, a także pierwszym instrumentem współczesnego prawa międzynarodowego dopuszczającym *explicite* tę regułę względem zbrodni wojennych¹⁰. Trzeba jednak dodać, iż obok podstawowego mechanizmu traktatowego uznaje się także, że niezależnie istnieje norma zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego uprawniająca państwa do wykonywania jurysdykcji na zasadzie uniwersalnej w przypadku osób podejrzanych o popełnienie zbrodni wojennych¹¹.

4. Aksjologiczna podstawa uniwersalnej jurysdykcji

Skoro, jak ustalono powyżej, uniwersalna jurysdykcja jest nie tylko procesową koncepcją dopuszczającą możliwość wykonywania przez określone państwo lub organ międzynarodowy jurysdykcji karnej w przypadku braku tradycyjnego łącznika, lecz także ważną instytucją pozytywnego prawa międzynarodowego bezpośrednio związaną z MPH, to należy zadać pytanie o podstawy jej legitymizacji. Jakie jest uzasadnienie możliwości zwyczajowego oparcia ścigania w szczególności zbrodni wojennych na podstawie instytucji uniwersalnej jurysdykcji w „nowym prawie międzynarodowym” po II wojnie światowej? Dlaczego nie pozostawiono jurysdykcji w rękach wyłącznie tych państw, których obywatele brali udział w działaniach wojennych, byli ofiarami zbrodni wagi międzynarodowej lub na których terytorium czy-ny te miały miejsce – a zatem na klasycznych podstawach jurysdykcyjnych? Można antycypować odpowiedź, że wyłącznym powodem nie jest zapewne obawa – jak w przypadku piractwa – naruszenia pewnych ekonomicznych lub innych równie pragmatycznych interesów wspólnych wszystkim państwom (także tym, które nie brały udziału w działaniach wojennych) a w konsekwencji troska o wyeliminowanie możliwości uniknięcia którejs z podstaw jurysdykcyjnych przez sprawców tych przestępstw¹².

⁹ R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, New York 2010, s. 53.

¹⁰ R. O’Keefe, *Universal Jurisdiction...*, s. 811.

¹¹ J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *op.cit.*, s. 604–607.

¹² Pojawiają się jednak też głosy, że stosowanie uniwersalnej jurysdykcji, podobnie zresztą jak całego MPH, może być równie dobrze uzasadniane nie z perspektywy aksjologicznej „globalnych wartości”, które zawsze budzą podejrzenie o hegemonializm lub neokolonializm, a raczej z punktu widzenia pewnych wspólnych wszystkim państwom interesów. Zob. J. D’Aspremont, *Multilateral Versus Unilateral Exercises of Universal Criminal Jurisdiction*, „Israel Law Review” 2010, Vol. 43, s. 317–325.

Powyższe pytanie dotyka etycznej podbudowy uniwersalnej jurysdykcji będącej zarazem źródłem otaczających ją kontrowersji. Formalna postać reguły uniwersalnej jurysdykcji sprowadzonej do aspektu braku łącznika jest bowiem wyłącznie „fasadą” problemu¹³. Jej rzeczywista formuła sprowadza się do uzasadnienia jej powstania i stosowania, która ma przede wszystkim wymiar aksjologiczny. Po pierwsze, instytucja uniwersalnej jurysdykcji zasadza się na przekonaniu, że niektóre kategorie przestępstw wagi międzynarodowej (wśród których zbrodnie wojenne są najbardziej oczywistą egzemplifikacją) stanowią czyny wymierzone bezpośrednio w fundamentalne i uniwersalne wartości wspólnoty międzynarodowej, takie jak życie i godność każdego człowieka. Ich ściganie nie jest zatem kwestią partykularnego interesu poszczególnych państw zaangażowanych w konflikt lub dotkniętych nim personalnie, materialnie czy terytorialnie. Skuteczne ściganie zbrodni wojennych leży raczej w interesie wszystkich państw (jak ujęto to w *dictum* sprawy *Barcelona Traction* z 1970 r.¹⁴), a nawet wedle mocniejszej tezy – w interesie całej ludzkości¹⁵. W istocie zatem ten kierunek uzasadnienia uniwersalnej jurysdykcji przypomina konstrukcję łącznika jurysdykcji ochronnej – tak jak zagrożenie dla szczególnych interesów państwa może wyprzedzać chociażby zasadę terytorialności, tak też tym bardziej uderzenie w podstawy MPH i praw człowieka wspólnych całej ludzkości uzasadniać powinno wszechświatowe ściganie zbrodni wojennych. Nadto, okrucieństwo i masowa skala tych zbrodni, będących udziałem doświadczenia historycznego wspólnego wszystkim państwom, powoduje, że konieczne jest skończenie z bezkarnością (*impunity*) sprawców tych przestępstw. Typowy mechanizm popełniania zbrodni wojennych warunkuje bowiem ich częste występowanie w formie sprawstwa kierowniczego, co oznacza odpowiedzialność za te czyny nierzadko najwyższych rangą przywódców i funkcjonariuszy publicznych, skutecznie izolujących się od działania klasycznych łączników odpowiedzialności karnej poprzez zastosowanie różnego rodzaju immunitetów jurysdykcyjnych¹⁶. Naturalnie owa etyczna podbudowa zasady uniwersalnej jurysdykcji bierze swoje źródło w moralności, bowiem – jak trafnie zauważa Jerzy Zajadło – uniwersalna jurysdykcja we współczesnym

¹³ Zob. Sienho Yee, *Universal Jurisdiction: Concept, Logic and Reality*, „Chinese Journal of International Law” 2011, Vol. 10, s. 505.

¹⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, wyrok z 5.02.1970 r., w: I.C.J. Reports 1970, s. 3–53.

¹⁵ Pojęcie wspólnoty międzynarodowej należy traktować jako szersze w stosunku do klasycznej „społeczności międzynarodowej państw”. Obejmuje ono co najmniej innych uznanych aktorów stosunków międzynarodowych, w tym organizacje międzynarodowe, zarówno międzyrządowe, ponadnarodowe jak i pozarządowe, a w niektórych ujęciach także wspólnotę ogólnoludzką. Szeroko na ten temat zob. T. Widłak, *Wspólnota międzynarodowa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego & Grafika s.c., Gdańsk 2012.

¹⁶ Zob. M. Wood, *The Immunity of Official Visitors*, „Max Planck Yearbook of United Nations Law” 2012, t. 16, s. 35–98.

znaczeniu miała zastosowanie do przypadków, w których pierwotny impuls do ścigania miał charakter moralny (a nie instrumentalny) i wynikał wyłącznie z charakteru czynu¹⁷. Różnica pomiędzy podstawą umowną uniwersalnej jurysdykcji dotyczącej reżimu poważnych naruszeń Konwencji genewskich z 1949 r. a podstawą zwyczajową jest jednakże taka, że ta druga, jako wykonywana jednostronnie, wymaga politycznego i moralnego uzasadnienia *ad casum*, w przeciwieństwie do *implicite* legitymizowanej za sprawą zgody państw stron Konwencji genewskich podstawy traktatowej¹⁸. Przedstawioną tutaj definicję uniwersalnej jurysdykcji, kładącą nacisk na jej element materialny, przyjęto w raporcie będącym owocem badań prowadzonych na Uniwersytecie Princeton konstatując, iż jest ona „jurysdykcją karną opartą **wyłącznie na naturze zbrodni**, bez względu na miejsce popełnienia, obywatelstwo podejrzanego lub skazanego sprawcy, obywatelstwo ofiary, oraz jakiegokolwiek inny związek z państwem wykonującym taką jurysdykcję”¹⁹. Powoduje to, że według niektórych powinno się mówić raczej o zasadzie „jurysdykcji powszechnego interesu” (*universal concern jurisdiction*)²⁰.

5. Zagrożenia uniwersalnej jurysdykcji

Bez wątpienia uniwersalna jurysdykcja, jako zasada, może być postrzegana jako użyteczne i właściwe narzędzie walki z bezkarnością naruszeń m.in. międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych oraz tym samym drogą silnej afirmacji jego aksjologicznej podstawy i ochrony prawnej fundamentalnych wartości wspólnoty międzynarodowej. Jednakże budzi ona szereg bardzo istotnych wątpliwości wynikających z szerokiego i dość dowolnego zakresu jej zastosowania, co w konsekwencji może prowadzić do kolizji z zasadą suwerennej równości państw, jak pokazał to głośny spór przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości w sprawie nakazu aresztowania między Demokratyczną Republiką Kongo a Belgią²¹. Na liście zarzutów przeciwko stosowaniu uniwersalnej jurysdykcji na główny plan wychodzi daleko idąca ingerencja państwa decydującego się na przeprowadzenie postępowania karnego na zasadzie uniwersalnej jurysdykcji w suwerenność innych państw, w przypadku których może istnieć związek z czynem, osobą sprawcy lub narodowością ofiar.

¹⁷ J. Zajadło, *op.cit.*, s. 69.

¹⁸ Zob. J. d'Aspremont, *op.cit.*, s. 301–329.

¹⁹ Principle 1 – Fundamentals of Universal Jurisdiction, [w:] S. Macedo (red.), *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton University, Princeton 2001, s. 28.

²⁰ Sienho Yee, *op.cit.*, s. 506.

²¹ *Summary of the Judgement of 14 February 2002 in case Arrest Warrant of 11 April 2000* (Demokratyczna Republika Kongo przeciwko Belgii), dostępne on-line: <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/13743.pdf> (dostęp: 8.11.2015 r.).

Wykonywanie jurysdykcji karnej w miejsce innego państwa, mającego bliższy związek ze zbrodniami wojennymi, może być zatem odczytywane jako odbieranie mu jego suwerennych kompetencji²². Krytycy podnoszą, że uniwersalna jurysdykcja może stać się *de facto* narzędziem politycznym instrumentalnie wykorzystującym wymiar sprawiedliwości dla realizowania agendy politycznej państwa *forum* przeciwko innym państwom lub konkretnym osobom, a wręcz umożliwia uczynienie z wymiaru sprawiedliwości zakładnika różnych radykalnych grup wszczynających postępowania lub lobbujących za nimi²³. W stosunku do tych państw, które zdecydowały się nadać uniwersalnej jurysdykcji realny i efektywny wymiar w swym prawodawstwie, zwłaszcza względem zbrodni wojennych, jak Belgia i Hiszpania, postawiono nawet zarzuty o uprawianie neokolonializmu²⁴. Szczególnie w przypadku zbrodni wojennych jakiegokolwiek zaangażowanie polityczne lub wojskowe państwa *forum* w dany konflikt, nawet w przeszłości, może stawiać pod znakiem zapytania legitymację stosowania uniwersalnej jurysdykcji w danym przypadku. Niewątpliwie jednak warto zaznaczyć, że główna fala krytyki pod adresem uniwersalnej jurysdykcji w pierwszej dekadzie XXI w. także była motywowana w dużej mierze politycznie, ponieważ była bezpośrednio związana z próbami pociągnięcia do odpowiedzialności za domniemane zbrodnie wojenne przed belgijskimi i hiszpańskimi sądami wysokich przedstawicieli bardzo wpływowych państw, w tym Stanów Zjednoczonych, Izraela czy też Chin²⁵.

Inne zarzuty związane są z problemami funkcjonowania tej instytucji i mają charakter pragmatyczny. Wątpliwości nie tyle jurydyczne, co prakseologiczne budzić może wspomniany wyżej brak istnienia istotnych związków pomiędzy interesami konkretnego państwa a przestępstwem. Daje to bowiem podstawy do kwestionowania efektywności i celowości takich postępowań karnych wszczynanych na podstawie uniwersalnej – prowadzenie postępowań z dala od miejsca popełnienia czynu może znacząco utrudnić po-

²² Zob. A. Sammons, *The Under-Theorization of Universal Jurisdiction: Implications for Legitimacy on Trials of War Criminals by National Courts*, „Berkeley Journal of International Law” 2003, t. 21, Nr 1, s. 111–143.

²³ Zob. A. Zemach, *Reconciling Universal Jurisdiction with Equality Before the Law*, „Texas International Law Journal” 2011, Vol. 47, Nr 1, s. 147.

²⁴ Zob. D. Luban, *Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law*, [w:] S. Besson, J. Tasioulas (red.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford – New York 2010, s. 571, przyp. 2.

²⁵ Zob. m.in. N. Roth-Arriaza, *Universal Jurisdiction: Steps Forward, Steps Back*, „Leiden Journal of International Law” 2004, Vol. 17, Nr 2, s. 375–389, DOI: 0.1017/S0922156504001852; C. Peters, *The Impasse of Tibetan Justice: Spain's Exercise of Universal Jurisdiction in Prosecuting Chinese Genocide*, „Seattle University Law Review” 2015, Vol. 39, Nr 1, s. 165–194; *Spain moves to curb legal convention allowing trials of foreign rights abuses*, „The Guardian”, 11.02.2014, dostępne on-line: <http://www.theguardian.com/world/2014/feb/11/spain-end-judges-trials-foreign-human-rights-abuses>, (dostęp: 16.11.2015 r.).

stępowanie dowodowe oraz rodzić wysokie koszty. Osobna grupa poglądów krytycznych dotyczy natomiast samego sposobu wykonywania jurysdykcji karnej przez państwo *forum*. Chodzi tu o grupę wymogów stawianych postępowaniom karnym z perspektywy sprawiedliwości proceduralnej, czyli o konieczność zapewnienia w każdym procesie tzw. *due process of law*. Nie ma bowiem gwarancji, że uniwersalna jurysdykcja nie będzie również przywoływana jako podstawa prowadzenia postępowań karnych przez państwa lub reżimy niedemokratyczne o wątpliwej reputacji w zakresie przestrzegania zasady rządów prawa i praw człowieka. Może to oznaczać hipotetyczną możliwość wytaczania na zasadzie uniwersalnej jurysdykcji politycznych procesów z naruszeniem podstawowych praw oskarżonych lub ofiar, reguł rzetelnego postępowania dowodowego, zasad dotyczących niezależności i niezawisłości sądu etc.²⁶ W konsekwencji nie trudno sobie wyobrazić, że taka aktywność mogłaby w następstwie prowadzić do obstrukcji rzeczywistych procesów w tych samych lub powiązanych sprawach prowadzonych przez inne państwa lub trybunały międzynarodowe. Potencjalnie mogą w ten sposób powstawać problemy na tle stosowania zasady *ne bis in idem*, poważne zakłócenia działania takich instytucji prawa karnego jak ekstradycja czy amnestia, a nawet ryzyko wejścia w konflikt z suwerennymi decyzjami innych państw co do zastosowania innego modelu reakcji karnej, np. w postaci wdrożenia jakiejś formy sprawiedliwości tranzytywnej²⁷. Uniwersalna jurysdykcja stosowana względem zbrodni wojennych bez ograniczeń po stronie państwa *forum* grozi zatem instrumentalizacją tej instytucji.

Powyższe wątpliwości nie przesłaniają jednakże ważkich zalet istnienia możliwości, a wręcz obowiązku stosowania uniwersalnej jurysdykcji względem zbrodni wojennych jako ważnej instytucji zwyczajowego prawa międzynarodowego konfliktów zbrojnych. Nie sposób bowiem przecenić niezwykle istotnej roli jaką międzynarodowe prawo karne odgrywa w implementacji MPH dzięki prewencji ogólnej. Jest ona jednakże możliwa jedynie w przypadku efektywności ścigania zbrodni wojennych, a zatem braku możliwości ukrycia się przez podejrzanych za immunitetami jurysdykcyjnymi lub innymi przeszkodami prawnymi i politycznymi w ściganiu tego typu przestępstw. Zwyczajowy reżim uniwersalnej jurysdykcji wydatnie wzmacnia podstawy ścigania zbrodniarzy wojennych *hic et nunc* niezależnie od potencjalnych ograniczeń traktatowych reżimów odpowiedzialności.

²⁶ Zob. np. Principle 1.4 [w:] *The Princeton Principles...*, s. 29.

²⁷ Zob. J. Zajadło, *op.cit.*, s. 75.

6. Uniwersalna jurysdykcja jako wymóg legitymizacyjny prawa międzynarodowego

Rola uniwersalnej jurysdykcji w przypadku ścigania zbrodni wojennych wykracza zatem poza kwestie związane z samą efektywnością prawa karnego i dotyka problemu legitymizacji całego systemu międzynarodowego z perspektywy jego zdolności do egzekwowania MPH. Na poziomie fundamentalnym warto w tym zakresie wskazać na sformułowaną przez amerykańskiego filozofa prawa Ronalda Dworkina tezę jednoci legitymizacji polityczno-prawnej w systemie międzynarodowym²⁸. Jego zdaniem każde państwo ma nie tylko obowiązek aktywnego i ciągłego uzasadniania swojego roszczenia do sprawowania władzy, ale ponieważ funkcjonuje we wspólnocie międzynarodowej – także obowiązek przyczyniania się do legitymizacji całego systemu prawa międzynarodowego. Obejmuje to także obowiązek przeciwdziałania zagrożeniom dla polityczno-moralnego autorytetu prawa międzynarodowego, w tym humanitarnego. Jednym z takich zagrożeń jest bez wątpienia bezkarność zbrodniarzy wojennych kryjących się za złe pojętą „ochroną” płaszcza suwerenności niektórych uczestników społeczności międzynarodowej. Ściganie zbrodni wojennych jest więc nie tylko *prima facie* obowiązkiem każdego państwa, ale leży w żywotnym interesie każdego członka społeczności międzynarodowej. Bezkarność w łamaniu tak fundamentalnych norm prawnych stanowi bowiem w istocie wyzwanie dla autorytetu każdego rodzaju władzy publicznej. Nie ma przy tym wątpliwości, że zbrodnie wojenne należą do tego rodzaju przestępstw, które stwarzają podwójne zagrożenie: dla legitymizacji systemu międzynarodowego opartego o system państwowy oraz dla porządku i bezpieczeństwa szerokiej wspólnoty międzynarodowej obejmującej także jednostki oraz inne podmioty pozarządowe i organizacje międzynarodowe. **Państwo ścigające zbrodnie wojenne ma zatem obowiązek aktywnego poszukiwania możliwości pociągnięcia sprawców do odpowiedzialności wynikający z obowiązku nieustannego wzmacniania legitymizacji swojej władzy oraz całego systemu prawa międzynarodowego.** Za koniecznie słuszny musi być uznany w związku z tym pogląd, że legitymizacja samej uniwersalnej jurysdykcji wykonywanej przez dane państwo wymaga od jego wymiaru sprawiedliwości otwarcia się na partycypację w toczącym się procesie szerszej społeczności międzynarodowej oraz żąda odpowiedzialności za prawidłowość tego procesu przed tą wspólnotą²⁹.

²⁸ R. Dworkin, *A New Philosophy for International Law*, „Philosophy and Public Affairs” 2013, Vol. 1, s. 2–30.

²⁹ Zob. M. Langer, *Universal Jurisdiction as Janus-Faced. The Dual Nature of the German International Criminal Code*, „Journal of International Criminal Justice” 2013, Vol. 11, s. 737–762, doi:10.1093/jicj/mqt057.

Wyrazem realizacji przez część społeczności międzynarodowej obowiązku wzmacniania legitymizacji systemu międzynarodowego jest także powołanie Międzynarodowego Trybunału Karnego (MTK) w Hadze na podstawie Rzymskiego Statutu z 1998 r.³⁰ Wszędzie tam, gdzie jest to prawnie możliwe i uzasadnione, państwa mogą zatem skorzystać z oddania podejrzanych o zbrodnie wojenne pod jurysdykcję MTK i w ten sposób umacniać legitymizację zarówno swoją jak i całego porządku międzynarodowego. Funkcjonowanie MTK nie wyklucza jednakże – jak wiadomo – ścigania tych przestępstw przez organy krajowe, w którym to wypadku uniwersalna jurysdykcja może stać się jedną z podstaw wykonywania tej suwerennej kompetencji państwa. Znową rolą tej zasady jako zasady zwyczajowej w odniesieniu do zbrodni wojennych ma nieocenione znaczenie dla przełamywania niektórych ograniczeń traktatowych, jakim poddany jest Rzymski Statut MTK³¹.

7. Propozycja modelu legitymizacji uniwersalnej jurysdykcji

Bezpieczne stosowanie międzynarodowego prawa karnego w drodze uniwersalnej jurysdykcji w reakcji na zbrodnie wojenne wymaga jej legitymizacji i uzasadnienia w wymiarze nie tylko *stricte* prawnym, ale także politycznym i moralnym, a jednocześnie jej prawidłowe wykonywanie wzmacnia legitymizację państwa i całego systemu międzynarodowego. Recepta na skuteczność uniwersalnej jurysdykcji wykracza poza ramy *stricte* prawne i wymaga odwołania się całościowo do koncepcji legitymizacji jako kategorii z zakresu filozofii moralnej społeczności, jaką jest wspólnota międzynarodowa. Legitymizacja musi dotyczyć zarówno samej instytucji *in genere*, jak i jej zastosowania w każdym konkretnym przypadku (*in specie*). Innymi słowy potrzebny jest ogólny standard legitymizacyjny uniwersalnej jurysdykcji jako podstawy wymierzania sprawiedliwości oraz kryteria uzasadnienia jej zastosowania w konkretnych przypadkach. Proponuję, aby poza dyskutowanym powyżej postulatem Ronalda Dworkina o jedności legitymizacji polityczno-prawnej w systemie międzynarodowym odwołać się do moralnego ujęcia legitymizacji politycznej władzy na poziomie międzynarodowym autorstwa Allena Buchanana. Zgodnie z tym poglądem legitymizowane są te akty władcze, które nie tylko posiadają uzasadnienie moralne, ale także są akceptowane, popierane lub chociażby tolerowane przez adresatów i szerszą wspólnotę międzynarodową z powodów merytorycznych i niezależnych od

³⁰ Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz.U. z 2003 r., Nr 78, poz. 708).

³¹ Zob. np. C. Gegout, *The International Criminal Court: limits, potential and conditions for the promotion of justice and peace*, „Third World Quarterly” 2013, Vol. 34, Nr 5, s. 800-818.

samej treści normatywnej tych dyspozycji³². Przekładając ten pogląd na dyskusję o uniwersalnej jurysdykcji jako instytucji wspólnoty międzynarodowej można podjąć próbę skonstruowania propozycji standardu legitymizacyjnego jej stosowania przez państwa.

Wedle powyższej propozycji uniwersalna jurysdykcja powinna być uznana za legitymizowaną w każdym wypadku, jeśli jej przywołanie jako alternatywnej podstawy wykonywania władczej kompetencji wymiaru sprawiedliwości karnej konkretnego państwa jest moralnie usprawiedliwione w odniesieniu do danego typu naruszenia prawa międzynarodowego, w tym wypadku w odniesieniu do zbrodni wojennych, oraz gdy po stronie innych państw posiadających konkurencyjny tytuł do wykonywania kompetencji jurysdykcyjnej nie istnieją ważne, niezależne od bieżących okoliczności politycznych danej sprawy powody dla sprzeciwu w wykonaniu jurysdykcji przez to państwo. Ponadto po stronie wspólnoty międzynarodowej powinny istnieć pozytywnie artykułowane merytoryczne powody poparcia zastosowania uniwersalnej jurysdykcji w danej sprawie. Pierwszy aspekt powyższej propozycji dotyczy moralnego tytułu państwa wykonującego uniwersalną jurysdykcję *in genere* i składa się on z następujących trzech elementów. Po pierwsze, zamiar wykonania jurysdykcji na zasadzie uniwersalnej musi stanowić autentyczną próbę realizacji obowiązku ulepszania legitymizacji całego systemu międzynarodowego i wzięcia odpowiedzialności za interes wspólnoty międzynarodowej jako całości poprzez efektywne ściganie zbrodni wojennych. Po drugie, państwo wykonujące jurysdykcję na zasadzie uniwersalnej musi być zdolne wykazać swoje słuszne intencje. W tym celu powinno przede wszystkim wykazać swoją bezstronność, nie pozostawać aktualnie ani w przeszłości bezpośrednio zaangażowane w konflikt, w związku z którym dokonano zarzucanych czynów, ani nie unikać aktualnie lub w okresie nierozliczonej moralnie przeszłości pociągania swoich własnych funkcjonariuszy do odpowiedzialności za zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciw ludzkości lub ludobójstwo. Po trzecie, państwo powołujące się na uniwersalną jurysdykcję powinno być podmiotem moralnie uprawnionym do jej stosowania poprzez spełnienie kryteriów *due process of law* oraz zachowanie wysokich standardów ochrony praw człowieka na poziomie nie niższym niż spełniany przez państwa, w przypadku których istnieje tradycyjny łącznik (np. terytorialny).

Drugi element powyższego standardu legitymizacyjnego uniwersalnej jurysdykcji dotyczy wymogów konkretnego przypadku i odnosi się do sytuacji, w której prawo danego podmiotu do wykonania uniwersalnej jurysdyk-

³² A. Buchanan, *The Legitimacy of International Law*, [w:] *The Philosophy of International Law...*, s. 85.

cji jest kontestowane przez inne państwo, posiadające konkurencyjny tytuł jurysdykcyjny. W tym wypadku stopień legitymizacji zastosowania uniwersalnej jurysdykcji jest proporcjonalny do stopnia w jakim z perspektywy całej wspólnoty międzynarodowej jej wykonanie będzie lepszym rozwiązaniem. Można przy tym zaproponować dwa kryteria przeprowadzenia tej oceny. Po pierwsze, postępowanie prowadzone na podstawie uniwersalnej jurysdykcji powinno cechować się potencjalnie wyższą lub co najmniej taką samą efektywnością w sensie prakseologicznym, co konkurencyjne postępowanie możliwe do przeprowadzenia na zasadzie istnienia tradycyjnego łącznika. Po drugie, powinien zostać co do zasady spełniony wymóg braku konkurencyjności postępowania karnego na zasadzie uniwersalnej jurysdykcji względem innych popieranych przez wspólnotę międzynarodową w danym przypadku form możliwej reakcji prawnej na zbrodnie wojenne w ramach modelu sprawiedliwości tranzytywnej. Jurysdykcja karna nie powinna być bowiem wykonywana przez państwo trzecie względem zbrodniarzy wojennych, o ile są oni objęci wiarygodnym i popieranym przez wspólnotę międzynarodową planem rozliczenia wedle modelu pozasądowego (np. komisje pokoju) lub hybrydowego. W takim bowiem wypadku zastosowanie modelu karnego względem niektórych sprawców przez państwo przywołujące za podstawę ścigania uniwersalną jurysdykcję mogłoby politycznie i jurydycznie kolidować z kompleksowym planem naprawy stosunków społecznych możliwym do wdrożenia przez zainteresowane państwo miejsca konfliktu lub wspólnotę międzynarodową. Przypomnieć należy bowiem, że jak przyjęto powyżej, nadrzędnym moralnym uzasadnieniem uniwersalnej jurysdykcji powinno być działanie na rzecz legitymizacji całego systemu międzynarodowego oraz międzynarodowego prawa humanitarnego. Podstawa ta odpada, jeśli w opinii wspólnoty międzynarodowej prawo dysponuje środkiem realizującym popierane przez nią moralne cele w postaci zapewnienia pokoju, poczucia sprawiedliwości i naprawy relacji społecznych nadwyřężonych konfliktem w stopniu wyższym niż klasyczna reakcja karna³³.

8. Podsumowanie

Powyższe rozważania prowadzą do refleksji, że istnieje swego rodzaju sprzężenie zwrotne pomiędzy legitymizacją samej uniwersalnej jurysdykcji a całego porządku międzynarodowo-prawnego, a tym w szczególności

³³ Warto jednakże poczynić zastrzeżenie, że twierdzenie to nie oznacza, iż międzynarodowe lub umiędzynarodowione postępowania karne nie są narzędziem, które mogłoby służyć politycznemu pojednaniu. Wręcz przeciwnie, podnosi się, że wykorzystanie instytucji procesowych międzynarodowego prawa karnego może także wydatnie wspierać efektywność i autorytet prawa w społeczeństwach okresu przejściowego. Zob. C. Murphy, *Political Reconciliation and International Criminal Tribunals*, [w:] L. May, Z. Hoskins (red.), *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge University Press, New York 2010, s. 224–244.

MPH. Legalność oraz legitymizacja nie koniecznie idą w parze, zwłaszcza w prawie międzynarodowym. Zgodność z prawem instytucji uniwersalnej jurysdykcji, przynajmniej jeśli chodzi o traktatowe i zwyczajowe podstawy jej stosowania jako podstawy jurysdykcyjnej względem zbrodni wojennych, nie przekłada się w prosty sposób na jej legitymizację w oczach wspólnoty międzynarodowej. Z kolei samo stosowanie lub odmowa skorzystania z tej instytucji, zarówno co do zasady, jak i w poszczególnych przypadkach, może mieć istotny wpływ na legitymizację całego porządku międzynarodowo-prawnego. Każde państwo ma nie tylko prawo, ale również obowiązek poszukiwania skutecznych sposobów ścigania zbrodni wojennych bez względu na aspekty personalne i terytorialne w interesie całej wspólnoty międzynarodowej, a także dla legitymizacji swojego własnego porządku prawnego. Ostatnio obserwowany radykalny polityczny odwrót od uniwersalnej jurysdykcji w państwach, które pod koniec ubiegłego wieku zdecydowały się na jej aktywne wdrożenie należy zatem ocenić ujemnie z perspektywy wpływu na autorytet zarówno tych krajów, jak i prawa międzynarodowego. Naiwnym byłoby oczekiwanie, że międzynarodowe prawo karne jako ważne narzędzie implementacji MPH wolne będzie od uwarunkowań i nacisków politycznych. W niniejszym artykule, poprzez propozycję zarysu nowego standardu legitymizacyjnego dla instytucji uniwersalnej jurysdykcji, stosowanej szczególnie w kontekście zbrodni wojennych i innych ciężkich naruszeń reżimu MPH, próbowano wykazać, że możliwe jest podejmowanie prób budowy bardziej obiektywnych niż czysto polityczne kryteriów uzasadniania przypadków z niej korzystania. Należy i można poszukiwać rozwiązań alternatywnych względem konieczności wyboru przez stosującą tę instytucję państwo pomiędzy radykalnym uniwersalizmem a zachowawczym ograniczaniem się do stosowania wąsko rozumianych tradycyjnych łączników jurysdykcji karnej w myśl filozofii „nasza chata z kraja”. Obie te postawy powodują reperkusje polityczne utrudniające skuteczną implementację MPH *contra legem* zobowiązaniom wynikającym z prawa traktatowego i zwyczajowego.

**ROLA ORGANIZACJI POZARZĄDOWYCH
W TWORZENIU I IMPLEMENTACJI
MIĘDZYNARODOWEGO PRAWA HUMANITARNEGO**

**NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS
AND IMPLEMENTATION
OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW**

Summary

The issue of conventional weapon was raised until the 80's of the last century on conferences organized by international institutions. As a result of their work, humanitarian law acts were introduced. They limited or prohibited the usage of certain types of weapon – particularly those which caused excessive suffering. Decreasing effectiveness of the Disarmament Conference in Geneva as relates to implementation of humanitarian law and the policy-makers' focus on mass destruction weapon caused various nations to concentrate more on the dangers of conventional weapon. The International Campaign to Ban Landmines was one of the first organizations to bid for the prohibition of landmines. The Campaign resulted in the implementation of the Convention of Ottawa in 1997. At that point, it became obvious that NGOs are capable of influencing both national authorities and interest groups, with respect to the prohibition of certain types of weapon. The article outlines the achievements of non-governmental organizations on their path to eliminate weapon which cause excessive suffering and implementation of legal acts. It also covers the challenges which NGOs need to face as a result of the introduction of new, brutal types of weapon.

keywords: non-governmental organizations, International Humanitarian Law, excessively injurious weapons

Gdy Międzynarodowa Kampania na Rzecz Zakazu Min Przeciwpiechotnych rozpoczęła swoją działalność w 1992 roku, mało kto wyobrażał sobie, że ruch społeczny zawładnie opinią publiczną i wywrze presję polityczną na tyle silną, iż w ciągu pięciu lat społeczność międzynarodowa zjednoczy się, aby wspólnie wynegocjować traktat zakazujący min przeciwpiechotnych. Mimo rozlicznych wątpliwości wysiłki organizacji pozarządowych, które przez sfery rządowe i wojskowe nazywano utopijnymi, przyniosły sukces. Po raz pierwszy w historii stosowanie pewnych broni konwencjonalnych zostało na szeroką skalę skutecznie zabronione¹.

Jody Williams

1. Wstęp

Do lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku problematykę regulacji prawnych w zakresie stosowania broni konwencjonalnych podejmowano na konferencjach organizowanych pod auspicjami instytucji międzynarodowych. W wyniku prowadzonych prac przyjęto akty prawa humanitarnego, które zabraniały lub ograniczały stosowanie niektórych środków walki, zwłaszcza tych, które powodują zbędne cierpienia. Takim regulacjom poddano: pociski dum dum, broń zapalającą i oślepiającą, broń emitującą odłamki niewykrywalne promieniami Roentgena oraz częściowo miny przeciwpiechotne, przy czym odbywało się to na drodze długotrwałych negocjacji dyplomatycznych. W latach dziewięćdziesiątych, dzięki rozwojowi mediów: Internetu, telefonii komórkowej i ułatwieniu sposobów komunikowania, łatwo i szybko można było informować społeczeństwa o problemach humanitarnych, które pojawiały się w trakcie i po zakończeniu lokalnych konfliktów zbrojnych.

Zmniejszająca się skuteczność działań Genewskiej Konferencji Rozbrojeniowej w zakresie stanowienia prawa humanitarnego oraz koncentracja uwagi polityków na zagrożeniach proliferacją bronią masowego rażenia sprawiały, że społeczeństwa wielu krajów zaczęły z większą uwagą obserwować zagrożenia spowodowane bronią konwencjonalnymi². Jedną z pierwszych organizacji pozarządowych stała się Kampania na rzecz zakazu min przeciwpiechotnych (International Campaign to Ban Landmines – ICBL). Działania Kampanii od samego początku wpisały się w jedną z podstawowych za-

¹ J. Williams, *The International Campaign to Ban Landmines – A Model for Disarmament Initiatives?*, http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1997/article.html, (dostęp 15.08.2015 r.).

² Genewska Konferencja Rozbrojeniowa, działająca pod auspicjami ONZ, została zwołana po raz pierwszy w 1979 roku jako wielostronne forum negocjacji rozbrojeniowych. Jej działalność jest kontynuacją innych międzynarodowych forów rozbrojeniowych działających od lat sześćdziesiątych XX wieku m.in. Komitetu Dziesięciu Państw na Rzecz Rozbrojenia, Komitetu Osiemnastu Państw na Rzecz Rozbrojenia i Konferencji Komitetu ds. Rozbrojenia. <http://www.unog.ch/80256EE600585943/%28httpPages%29/BF18ABFEFE-5D344DC1256F3100311CE9?OpenDocument>, (dostęp 27.08.2015 r.).

sad prawa humanitarnego, która zabrania stosowania broni powodujących zbędne cierpienia określanych również mianem broni niehumanitarnych. Po sukcesie Kampanii, jakim było przyjęcie Konwencji ottawskiej w 1997 roku, rozpoczęło się „międzynarodowe wyszukiwanie” innych broni konwencjonalnych, które spełniają kryteria broni powodujących zbędne cierpienia. Ponieważ większość rządów współczesnych państw nie jest zainteresowana osłabianiem własnego potencjału obronnego poprzez eliminację niektórych rodzajów broni konwencjonalnych, rolę tę przejęły organizacje pozarządowe (NGOs – ang. *non-governmental organizations*).

2. Bronie powodujące zbędne cierpienia

Określenie „bronie powodujące zbędne cierpienia” albo „bronie niehumanitarne” są używane jako synonimy nazw środków walki, które z racji sposobu rażenia powodują większe szkody, niż jest to uzasadnione koniecznością wojenną. Zdaniem autora bardziej słuszne jest używanie określenia „bronie powodujące nadmierne (zbędne) cierpienia”, niż nazwy „bronie niehumanitarne”, ponieważ jeżeli uznamy, że istnieje kategoria broni niehumanitarnych, to powinny istnieć również bronie humanitarne. Słowo „humanitaryzm” określa postawę nacechowaną poszanowaniem człowieka i jego godności, pragnieniem oszczędzenia mu cierpień³. Trudno, zatem uznać, że może istnieć broń, której sposób użycia będzie odpowiadał słownikowemu określeniu humanitaryzmu, tym bardziej, że celem zastosowania każdej broni jest wyłączenie żołnierza z walki, co odbywa się najczęściej poprzez zadanie mu ran i spowodowanie bólu, a tym samym cierpienia.

3. Kryteria uznania broni konwencjonalnych za niehumanitarne

Pomimo istnienia i powszechnego używania pojęcia „bronie powodujące zbędne cierpienia”, do tej pory w prawie humanitarnym nie opracowano definicji środków rażenia określanych tym mianem. Na podstawie przyjętych i obowiązujących już rozwiązań prawnych można podjąć próbę ustalenia kryteriów spełniających warunki do uznania wybranych środków walki za niehumanitarne. Za takie można obecnie uznać bronie:

- których użycie narusza podstawową zasadę MPH tj. zasadę rozróżniania,
- które powodują rozległe i trudno gojące się rany,
- których użycie wywiera negatywny wpływ na warunki życia ludności na terenach, na których toczyły się walki.

³ M. Szymczak, *Słownik języka polskiego*, PWN, Warszawa 1978, t. 1, s. 757.

Do broni naruszających zasadę rozróżniania należą: miny przeciwpiechotne, amunicja kasetowa, amunicja z rdzeniem ze zubożonego uranu.

Kolejnym czynnikiem, który cechuje broń powodującą nadmierne cierpienia jest powodowanie rozległych i trudno gojących się ran. Rany takie mogą być skutkiem rażenia odłamkami, których nie można zlokalizować w ciele ofiary oraz działaniem płomienia i substancji palnych. Ponadto podobne skutki mogą powodować niektóre rodzaje bojowych środków chemicznych o działaniu parzącym. W tym przypadku za środki rażenia spełniające kryteria broni powodującej zbędne cierpienia należy uznać: amunicję emitującą odłamki niewykrywalne promieniami Roentgena i broń zapalającą.

Mianem broni powodującej zbędne cierpienia określono również rodzaj uzbrojenia należący do kategorii broni niezabijających, który w przypadku oślepienia zapewnia przeżycie, nie mniej jednak powoduje trwałe uszkodzenie wzroku. Za taki środek rażenia powodujący nieuzasadnione cierpienia uznano laserową broń oślepiającą. Spośród innych kryteriów uzasadniających uznanie pewnych broni za nadmiernie okrutne należy wskazać negatywny wpływ użytych środków bojowych na warunki życia ludności na terenach, na których toczyły się walki. Te kryteria spełniają: miny przeciwpiechotne, amunicja kasetowa oraz bitewne pozostałości przeciwpancernej amunicji uranowej.

Do środków walki spełniających wymienione kryteria i dotychczas uznanych za powodujące zbędne cierpienia w myśl MPMKZ należą:

- miny przeciwpiechotne,
- amunicja kasetowa,
- amunicja emitująca odłamki niewykrywalne promieniami Roentgena,
- laserowa broń oślepiająca.

Natomiast do środków walki spełniających wymienione kryteria ale dotychczas nieuznanych za powodujące zbędne cierpienia, można zaliczyć amunicję przeciwpancerną z rdzeniem ze zubożonego uranu.

Wielkim wyzwaniem dla organizacji pozarządowych zajmujących się problematyką broni niehumanitarnych jest groźba stosowania na masową skalę bezzałogowych aparatów latających (dronów) oraz robotów bojowych wyposażonych w sztuczną inteligencję.

4. Organizacje pozarządowe w działaniach na rzecz eliminacji broni niehumanitarnych

Problem pozostawionych w ziemi min przeciwpiechotnych istniał od czasu zakończenia II wojny światowej i dotyczył głównie terenów, na których toczyły się działania zbrojne. Zakończenie II wojny światowej nie spowodowało, że problem „min przeciwpiechotnych” samoistnie zniknął po przepro-

wadzeniu akcji rozminowania pól bitewnych. Okres po 1945 roku charakteryzował się znaczną liczbą konfliktów zbrojnych, które wystąpiły prawie na wszystkich kontynentach, przy czym ich największe natężenie miało miejsce w Azji i Afryce.

Pozostałością wielu konfliktów zbrojnych po 1945 roku są miliony min przeciwpiechotnych znajdujących się w ziemi prawie wszystkich kontynentów. Na podstawie wieloletnich obserwacji ustalono, że ich ofiarami w 90% przypadków jest ludność cywilna, natomiast jedynie 10% to kombatanci⁴. Pomimo tak wymownej statystyki podejmowano działania legislacyjne mające na celu jedynie wprowadzenie ograniczeń dotyczących zasad prowadzenia walki minowej, które nie przełożyły się na zmniejszenie liczby cywilnych ofiar min przeciwpiechotnych⁵.

Akceleratorem działań na rzecz zakazu min przeciwpiechotnych stał się opublikowany w 1991 roku raport opracowany na zlecenie Human Right Watch pt. *The Coward's War: Landmines in Cambodia*. Od tej chwili proces tworzenia ruchu przeciwmینowego postępował lawinowo. Do działań włączyły się organizacje medyczne, takie jak: Lekarze na rzecz Praw Człowieka (Physicians for Human Rights) oraz Medico International. Ich działania poparli amerykańscy weterani wojny wietnamskiej działający w Vietnam Veterans of America Foundation. W 1992 r. do koalicji przeciwmینowej włączyły się Handicap International oraz Mines Advisory Group.

W kolejnych latach do idei świata wolnego od min przyłączały się kolejne organizacje pozarządowe. W maju 1993 r. w pierwszej konferencji w sprawie min lądowych w Londynie uczestniczyło 40 organizacji pozarządowych, spośród których organizacje, które zainicjowały ruch dwa lata wcześniej, utworzyły Komitet kierujący pracami Kampanii. Liderką i koordynatorką jej działań została amerykańska aktywistka i działaczka społeczna Jody Williams, a celem działań było wprowadzenie całkowitego zakazu min przeciwpiechotnych.

W maju 1994 r. odbyła się druga międzynarodowa konferencja organizacji pozarządowych w sprawie min przeciwpiechotnych. Uczestniczące w niej organizacje w liczbie 110 wystąpiły pod wspólną nazwą Międzynarodowa Kampania na rzecz Zakazu Min Lądowych (International Campaign to Ban Landmines – ICBL)⁶. Od początku swego istnienia ICBL określiła się jako się

⁴ N. Khlestov, *Review Conference of the 1980 Weapons Convention*, „IRoRC” 1995, Vol. 77, s. 401 i n.

⁵ Chodzi o dokumenty: *Protokół w sprawie zakazów lub ograniczeń użycia min, min-pułapek i innych urządzeń*, Genewa, 10 października 1980 r. (Protokół II) oraz *Protokół w sprawie zakazów lub ograniczeń użycia min, min-pułapek i innych urządzeń*, Genewa, 3 maja 1996 r. (Protokół II do konwencji z 1980 r. w postaci zmienionej 3 maja 1996 r.).

⁶ Zob. J. Williams, *Landmines and measures to eliminate them*, IRoRC 1995, Vol. 35, № 307, <http://www.icrc.org>.

jako elastyczna sieć organizacji międzynarodowych połączonych wspólnym celem. Kampania apelowała o wprowadzenie powszechnego zakazu używania, produkcji, przechowywania i transferu min przeciwpiechotnych. W ramach swojej działalności zachęcała do zwiększania nakładów na akcję rozminowania i pomoc ofiarom. Istotnym rodzajem działań Kampanii była aktywność w mediach mająca na celu uświadomienie społeczności międzynarodowej o zagrożeniach wynikających ze stosowania min przeciwpiechotnych i pozyskanie kolejnych grup wsparcia. We wrześniu 1994 r. Sekretarz Generalny ONZ przedstawił pierwszy raport dotyczący zagrożeń i skutków wynikających ze stosowania min. Podkreślono w nim, że jedynym sposobem rozwiązania światowego problemu jest wprowadzenie całkowitego zakazu ich stosowania⁷.

W marcu 1996 r. w działalność Kampanii włączyli się wysocy emerytowani oficerowie armii amerykańskiej, wśród których był dowódca operacji „Pustynna Burza” gen. Norman Schwarzkopf⁸. Poparcia dla działań Kampanii udzieliły liczne osoby ze świata polityki i kultury, m.in. Księżna Walii – Diana⁹.

Kampania medialna prowadzona przez organizacje pozarządowe spowodowała, że idea świata wolnego od min zyskała liczne grono zwolenników, nie tylko wśród władz poszczególnych państw, ale również w środowisku przemysłu zbrojeniowego. W grudniu 1993 r. szwedzki koncern zbrojeniowy Bofors podjął z powodów „moralnych” decyzję o wstrzymaniu produkcji min przeciwpiechotnych oraz eksportu materiałów i środków zapalających do krajów, w których mogłyby one zostać wykorzystane do produkcji wymienionego środka walki. W czerwcu następnego roku włoscy robotnicy zatrudnieni przy produkcji min przeciwpiechotnych zwrócili się z apelem do rządu o zaprzestanie produkcji i handlu nimi oraz podjęcie działań na humanitarnych na rzecz ich ofiar. Po dwóch dniach włoski minister obrony ogłosił decyzję o zakończeniu produkcji i eksportu min przeciwpiechotnych. Podobnie postąpił rząd Holandii deklarując zamiar zniszczenia posiadanych zapasów min oraz wezwał do ustanowienia ich powszechnego zakazu. W marcu 1995 r. Belgia została pierwszym krajem, który wprowadził do swojego prawa krajowego zakaz stosowania min przeciwpiechotnych¹⁰.

Od samego początku kampanii działania organizacji pozarządowych w walce o świat bez min spotkały się pozytywnym odzewem światowych elit opiniotwórczych. W lutym 1994 r. poparcie działań ICBL zadeklarował

⁷ A. Parlow, *Toward a global ban on landmines*, IRoRC 1995, Vol. 35, No 307, <http://www.icrc.org>.

⁸ Zob. K. Federko, *Land Mines: Cheap, Deadly and Cruel*, „Time” z 13.05.1996 r., s. 33.

⁹ T. McCarthy, *Crusade Against Landmines*, „Time” z 1.09.1997 r., s. 21.

¹⁰ Zob. *Timeline of the International Campaign To Ban Landmines*, http://www.icbl.org/media/916929/icb009_chronology_a5_v4-pages.pdf (dostęp: 19.08.2015 r.).

Prezydent Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża podkreślając, że z humanitarnego punktu widzenia całkowity zakaz stosowania min jest jedynym skutecznym rozwiązaniem. Głos organizacji pozarządowych wsparła swoim autorytetem Watykańska Rada Sprawiedliwości i Pokoju, wzywając do całkowitego zakazu min lądowych¹¹.

Działania organizacji pozarządowych przyniosły oczekiwany efekt, czego potwierdzeniem był wynik badania opinii publicznej przeprowadzonego na zlecenie MKCK opublikowany w 1999 r. Pokazał on, że w świadomości społecznej miny lądowe stanowiły trzecią w hierarchii zagrożeń grupę środków bojowych, po broni atomowej oraz biologicznej i chemicznej, których stosowanie powinno zostać zabronione¹².

Prowadzone przez ICBL działania na skalę międzynarodową przyniosły oczekiwany efekt, którym stało się podpisanie w Ottawie (04.12.1997 r.) *Konwencji o zakazie stosowania, magazynowania, produkcji i transferu min przeciwpiechotnych*. W uznaniu zasług organizacja ta oraz koordynatorka jej działalności, pani Jody Williams, zostały nagrodzone w 1997 r. Pokojową Nagrodą Nobla¹³.

Po przyjęciu KO organizacje pozarządowe tworzące ICBL nie ustały w swoich działaniach i w dalszym ciągu monitorują światową sytuację minową koordynując proces rozminowania i uwiarygodniając tym samym informacje publikowane corocznie w „Landmine Monitor Report”¹⁴. Szeroką działalność w tym zakresie prowadzi między innymi James Madison University poprzez istniejące na jego terenie Centrum Międzynarodowej Stabilizacji i Odbudowy (Center for International Stabilization and Recovery – CISR)¹⁵, które od 1997 roku wydaje „The Journal of Mine Action”¹⁶. Od 2008 r. periodyk ten zmienił nazwę na „Journal of ERW”¹⁷ and Mine Action” rozszerzając tym samym spektrum obszaru swojej działalności na problematykę określaną mianem wybuchowych pozostałości wojny. Stanowi on forum wymiany informacji o prowadzonych działaniach przeciwmynowych, likwi-

¹¹ W następnych latach Watykan kilkakrotnie prezentował opinię na temat min przeciwpiechotnych potępiając kraje stosujące ten środek walki. Opinia ta została wyrażona przez Papieża Jana Pawła II 1.01.1999 r. w orędziu na Światowy Dzień Pokoju oraz 26.01.1999 r. w przemówieniu powitalnym w St. Louis pt: *Musi zwyciężyć kultura życia*. Zob. http://www.opoka.org.pl/biblioteka/W/WP/jan_pawelii/przemowienia

¹² *The People on War – Report ICRC worldwide consultation on the rules of war*, Geneva 1989, s. 63.

¹³ *The Nobel Peace Prize for 1997*, <http://www.nobel.se/annoucement-97/peace97>

¹⁴ Konwencja Ottawska nie zawiera mechanizmów umożliwiających ocenę postępu jej realizacji przez poszczególne kraje. Z tego względu rolę tę przejęła powołana przez ICBL ogólnoswiatowa sieć kontroli, Landmine Monitor, oceniająca postęp i implementację konwencji ottawskiej.

¹⁵ CISR powstało w 1996 roku pod nazwą *Humanitarian Demining Information Center*, która wkrótce zmieniona została na *Mine Action Information Center*. Pod obecną nazwą istnieje od 2008 roku. Jej podstawowym celem działania jest pomoc ofiarom wojen w powrocie do społeczeństwa po traumatycznych przeżyciach spowodowanych działaniem min i wybuchowych pozostałości konfliktów zbrojnych.

¹⁶ <http://www.jmu.edu/cisr/journal/index/>

¹⁷ ERW (*Explosive Remnants of War*) – wybuchowe pozostałości wojny.

dacji wybuchowych pozostałości wojen oraz przygotowaniach strategii działań przeciwminowych, w tym informowaniu o zagrożeniach oraz pomocy dla ofiar min.

Oprócz organizacji pozarządowych wypełniających zadania informacyjne niezwykle ważną rolę w zakresie implementacji Konwencji Ottawskiej spełniają organizacje zajmujące się prowadzeniem rozminowania oraz szkoleniem saperów realizujących te zadania w krajach dotkniętych problemem minowym. Należą do ich m.in. Doradcza grupa minerska MAG (Mines Advisory Group) oraz HALO Trust. Ich działania koncentrują się na prowadzeniu rozminowania oraz szkoleniu cywilnych saperów prowadzących prace rozminowania. Oprócz fizycznego usuwania wybuchowych pozostałości wojny organizacje te prowadzą działania zwiększające poziom wiedzy o zagrożeniach środkami wybuchowymi oraz przejawiają inne formy działalności (np. przygotowanie paramedyków) mające na celu pomoc ofiarom „toksycznych pozostałości wojny” oraz poprawę warunków życia ludności na zaminowanych terenach.

Rolę organizacji pozarządowych w procesie uwalniania świata od min podkreślił Sekretarz Generalny ONZ ustanawiając w grudniu 2005 r. dzień 4 kwietnia Międzynarodowym dniem wiedzy o zagrożeniu minami i działaniach przeciwminowych¹⁸.

Oceniając wpływ organizacji pozarządowych w proces rozminowania świata, należy wspomnieć o polskich ambasadorach kampanii przeciwko minom przeciwpiechotnym. Jedną z nich jest redaktor naczelna polskiego wydania National Geographic, pani Martyna Wojciechowska, która w ramach serii filmów pod wspólnym tytułem *Kobieta na krańcu świata* jeden z nich poświęciła kobietom-saperom rozminowującym pola minowe w Kambodży oraz opublikowała książkę dotyczącą omawianej problematyki pod tytułem *Kambodża*¹⁹.

Sukces ICBL uzmysłowił ludzkości, jak wielkim potencjałem sprawczym w zakresie eliminacji broni niehumanitarnych dysponują organizacje pozarządowe, a ponadto zaowocował wskazaniem dla nich nowych celów i wyzwań w zakresie wprowadzania kolejnych ograniczeń i zakazów broni powodujących zbędne cierpienia²⁰.

¹⁸ Zob.: *Mine Awareness Day – 4 April*, <http://www.una.org.uk/content/mine-awareness-day-4-april> (dostęp: 15.06.2015 r.).

¹⁹ Zob. M. Wojciechowska, *Kambodża*, G+J RBA, Warszawa 2011.

²⁰ Więcej: L. Clegg, *NGOs Take Aim*, „The Bulletin of Atomic Scientists” 1999, Vol. 55, № 1, <http://www.the-bulletin.org/issues/1999/jf99/jf99clegg.html> (dostęp: 20.07.2002 r.).

5. Amunicja kasetowa

Amunicja kasetowa jest bronią skonstruowaną do atakowania dużych zgrupowań przeciwnika na rozległym obszarze. Jej użycie polega na wykorzystaniu dużej liczby małych pod pocisków²¹, które umieszczone w jednej obudowie mogą być przenoszone na pole walki za pomocą artylerii lufowej i rakietowej, śmigłowców oraz bomb lotniczych. Na odpowiedniej wysokości nad celem kadłuby bomb rozcalają się powodując uwolnienie pod pocisków i rozrzućenie ich na dużej powierzchni z jednoczesną eksplozją po upadku na ziemię. Problem humanitarny związany ze stosowaniem amunicji kasetowej wynika z faktu jej zawodności, ponieważ znaczna liczba pod pocisków (ok. 20%) nie eksploduje i pozostaje nadal aktywna stwarzając zagrożenie o podobnym charakterze jak miny przeciwpiechotne. Wadą amunicji kasetowej jest niska precyzja atakowania spowodowana dużym rozrzutem i niebezpieczeństwo narażenia życia ludności cywilnej oraz zniszczenia obiektów cywilnych. Tym samym broń ta narusza podstawową zasadę prawa humanitarnego, tj. zasadę rozróżniania.

Negatywne cechy i działanie amunicji kasetowej przyczyniły się do utworzenia międzynarodowego ruchu na rzecz zakazu jej stosowania, produkcji, magazynowania i zniszczenia (Cluster Munition Coalition – CMC).

Koalicja na rzecz zakazu amunicji kasetowej powstała w listopadzie 2003 roku jako społecznych ruch, do którego działań włączyły się organizacje pozarządowe, związki religijne oraz instytucje humanitarne. Wśród organizacji założycielskich ruchu znalazły się Amnesty International, Handicap International, Human Rights Watch oraz organizacje narodowe pochodzące z różnych państw.

Od początku powstania działania Koalicji nakierowane były na uświadomieniu społeczeństwom państw zagrożenia, jakie pociąga za sobą stosowanie amunicji kasetowej i jej wpływ na życie „zainfekowanych” państw. Podobnie jak w przypadku kampanii przeciwminowej, duży nacisk kładziono na zaszczepienie idei wprowadzenia powszechnego zakazu amunicji kasetowej i jej likwidacji oraz na pomoc ofiarom. Pod wpływem prowadzonej przez Koalicję międzynarodowej kampanii przyjęto 3 grudnia 2008 r. konwencję o amunicji kasetowej. Zgodnie z sugestiami ICBL²² w dokumencie zdefiniowano pojęcie ofiary amunicji kasetowej, którą jest osoba, która: poniosła śmierć, doznała urazów psychicznych i fizycznych, została pozbawiona ekonomicznych podstaw egzystencji, została poddana marginalizacji społecznej

²¹ W anglojęzycznej terminologii wojskowej pociski zawarte w amunicji kasetowej określane są nazwą *bomblets*. W języku polskim nie mają one swoich odpowiedników i z tego powodu często używa się określeń pod pociski lub subamunicja.

²² Zob. *A Guide to Mine Action*, 2nd edition, GICHD, Geneva 2004, s. 93–94.

oraz nie ma możliwości korzystania z podstawowych praw ze względu na obecność amunicji kasetowej na danym obszarze²³. Pojęciem tym objęto również rodziny ofiar oraz społeczności, w których mieszkają okaleczone osoby.

Podobnie jak ma to miejsce w przypadku Międzynarodowej Kampanii na Rzecz Zakazu Min Przeciwpiechotnych, również Koalicja na Rzecz Zakazu Amunicji kasetowej od 2008 roku publikuje coroczny raport pt. „Cluster Munition Monitor” prezentujący proces implementacji Konwencji na świecie jak również w poszczególnych krajach.

Ze względu na zbieżność problematyki, jaką stanowią wybuchowe pozostałości wojen w postaci min i amunicji kasetowej, ICBL oraz CMC połączyły swoje siły tworząc w 2011 roku wspólną strukturę określaną mianem ICBL-CMC. Celem fuzji była poprawy efektywności działania na poziomie eksperckim, przy czym każda z organizacji realizuje swoje dotychczasowe zadania statutowe.

6. Zubożony uran

Stosowanie zubożonego uranu (ZU) do celów militarnych wzbudza silne spory pomiędzy organizacjami pozarządowymi zajmującymi się problematyką rozbrojenia a przedstawicielami rządów i koncernów zbrojeniowych produkujących amunicję przeciwpancerną. Zubożony uran (U-238) jest metalem promieniotwórczym o dużej gęstości (1,7 większej od ołowiu) i mniejszej promieniotwórczości niż znajdujący się w broni jądrowej uran 235 stosowanym do produkcji amunicji przeciwpancernej. O jego masowym zastosowaniu na polu walki zadecydowała duża zdolność przebijania pancerzy i wozów bojowych większości współczesnych czołgów. Pomimo bezspornej skuteczności bojowej, stosowanie tej amunicji powoduje wiele problemów natury ekologicznej, a zwłaszcza medycznej.

Na podstawie badań przeprowadzonych na terenach, na których toczyły się walki z użyciem omawianej amunicji, stwierdzono występowanie dużych ilości związków chemicznych zubożonego uranu, które spowodowały skażenie chemiczne i skażenie promieniotwórcze obszarów pobitewnych. Wieloletnie obserwacje medyczne pozwoliły ustalić związek pomiędzy stosowaniem tego rodzaju amunicji a znaczącym pogorszeniem się stanu zdrowia żołnierzy oraz ludności zamieszkującej tereny, gdzie prowadzono operacje wojskowe²⁴.

²³ Zob. *Convention on Cluster Munitions*, art 2, <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=A6C2B1B0BDADAA83C12574C6003A9A0A> (dostęp: 1.09.2015 r.).

²⁴ Problem ten dotyczy zwłaszcza weteranów biorących udział w wojnach w Zatoce Perskiej. Ze względu na złożony przebieg i problemy diagnostyczne, choroby te określane są często mianem „Syndromu wojny w Zatoce”. Więcej: W. Bieńkowski, *Zakaz stosowania amunicji ze zubożonego uranu jako nowe wyzwanie dla Międzynarodowego prawa Humanitarnego*, „Międzynarodowe prawo humanitarne” 2014, t. V.

Od początku lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku nastąpiła aktywizacja licznych organizacji pozarządowych przeciwko stosowaniu amunicji ze zubożonego uranu. W wyniku ich działań utworzyła się Międzynarodowa Koalicja na Rzecz Zakazu Broni ze Zubożonego Uranu (International Coalition to Ban Uranium Weapons – ICBUW). Koalicja powstała w 2003 roku w Berlaar w Belgii. Jej zarząd stanowi trzynastoosobowa komisja, której siedziba mieści się w Manchesterze. ICBUW skupia 160 organizacji pozarządowych z całego świata, które prowadzą kampanię informacyjną w podobny sposób, jak czyniły to kampanie działające na rzecz zakazu min przeciwpiechotnych oraz amunicji kasetowej. ICBUW prowadzi działalność na rzecz zakazu stosowania uranu we wszystkich typach broni konwencjonalnych, monitoruje stan zdrowia społeczności dotkniętych skutkami ich użycia i ocenia możliwość poprawy stanu skażonego środowiska naturalnego. ICBUW przygotowała projekt traktatu o broni uranowej, który zakazuje jej wytwarzania, transportowania, składowania i używania oraz nakazuje jej zniszczenie²⁵.

Dokument i jego układ jest wzorowany na przyjętych już konwencjach dotyczących broni niehumanitarnych, tj. min przeciwpiechotnych oraz amunicji kasetowej. W preambule autorzy projektu odnieśli się do dotychczasowych aktów prawa humanitarnego uzasadniających nielegalność stosowania broni uranowej i podkreślili znaczenie dokumentu dla eliminacji zagrożeń wynikających z jej użycia.

Kraje, które przystąpią do traktatu, mają się zobowiązać, że nie będą prowadziły prac w zakresie rozwoju broni uranowej, produkcji, stosowania, składowania, jak również jej przekazywania i transferu. Przyszły zakaz ma dotyczyć zarówno amunicji, jak również płyt uranowych stanowiących wzmocnienie pancerzy czołgów. Dodatkowo strony konwencji mają zaprzestać stosowania zubożonego uranu do celów cywilnych. Państwa będą zobowiązane do zutylizowania posiadanej amunicji uranowej i zapewnienia bezpiecznego składowania produktów uzyskanych w jej wyniku. Każde państwo zobowiąże się do likwidacji posiadanej amunicji w ciągu pięciu lat od daty wejścia konwencji w życie.

Ważnym zapisem projektu jest obowiązek przeprowadzenia dekontaminacji skażonych obszarów. Dokument zobowiąże i będzie zachęcać państwa do współpracy i wymiany informacji w zakresie problemów związanych z likwidacją broni ze zubożonego uranu. Projekt zawiera zobowiązania stron do wz-

²⁵ Zob.: *Draft Convention on the prohibition of development, production, stockpiling, transfer and use of uranium weapons and on their destruction*, Źródło: <http://www.bandepleteduranium.org/en/docs/100.pdf> (dostęp: 1.09.2015 r.).

jemnego udzielania sobie pomocy w zakresie dekontaminacji skażonych terenów i wody. Podkreśla również rolę jaką powinna spełnić ONZ i organizacje regionalne w zakresie przygotowania programów dekontaminacyjnych.

Dla osiągnięcia zamierzonego celu Koalicja prowadzi szeroko zakrojoną akcję propagandową dla rządów i organizacji politycznych o zagrożeniach zdrowia i środowiska naturalnego powodowanych przez broń ze zubożonego uranu. Swoje statutowe zamierzenia Koalicja realizuje poprzez konferencje, seminaria dla polityków i personelu ONZ, Parlamentu Europejskiego i parlamentów krajowych. W 2015 r. ICBUW przyznano status specjalnego konsultanta Rady Gospodarczej i Społecznej ONZ.

Jednym z pierwszych inicjatorów powstania koalicji była brytyjska organizacja pozarządowa utworzona w 1999 roku w Manchesterze – Kampania Przeciwko Zubożonemu Uranowi (The Campaign Against Depleted Uranium – CADU)²⁶. Prowadzi ona szeroko zakrojoną działalność informacyjną o zagrożeniu i skutkach jakie pociąga za sobą stosowanie amunicji ze zubożonego uranu. Podkreślając negatywne konsekwencje stosowania ZU, Kampania akcentuje niezgodność stosowania amunicji uranowej z MPH oraz zachęca wszystkich zainteresowanych do popierania wprowadzenia ogólnoświatowego zakazu stosowania broni uranowej²⁷. W swoich działaniach szeroko wykorzystuje Internet oraz wszystkie dostępne sposoby, jak konferencje, artykuły w prasie, a nawet występy artystyczne.

7. Drony i roboty bojowe

Współczesne problemy społecznej kontroli zbrojeń wynikają z planów zastosowania w sprzęcie wojskowym automatyki i informatyki oraz sztucznej inteligencji, dzięki którym możliwe stanie się budowanie w pełni autonomicznych urządzeń bojowych. Obecnie jesteśmy świadkami stosowania bezzałogowych aparatów latających do wypełniania różnorodnych zadań militarnych, w tym funkcji bojowych, przy czym są to obiekty sterowane zdalnie przez operatora znajdującego się w bezpiecznym miejscu. Od pewnego czasu stosowanie dronów powoduje protesty opinii społecznej, złasz-

²⁶ <http://www.cadu.org.uk/cadu/about-us> (dostęp: 1.09.2015 r.).

²⁷ Wprowadzenie ogólnoświatowego zakazu stosowania amunicji ze ZU w praktyce może okazać się bardzo trudne z powodu dyskredytowania negatywnych skutków broni uranowej przez sfery rządowe oraz przemysłowe krajów posiadających i produkujących taką amunicję. Ze względu na fakt, iż efekty stosowania amunicji uranowej ujawniają się znacznie później, niż w chwili jej użycia, zwolennicy stosowania ZU uznają to za podstawowy argument przemawiający za brakiem przesłanek do zaakceptowania tej amunicji jako broni powodującej zbędne cierpienia. Potwierdzenie uzasadniające taką interpretację znajduje się w *Podręczniku Prawa Wojennego* wydanym przez Departament Obrony USA w 2015 r. Zob. *Law Of War Manual*, Department Of Defense USA, June 2015, s. 327–328.

cza w kwestii legalność ich użycia w operacjach tzw. selektywnej eliminacji (*target killing*)²⁸.

W dyskursie dotyczącym dronów bierze udział wiele organizacji pozarządowych, w tym m.in. Human Rights Watch. Ich rola sprowadza się przede wszystkim do prezentowania dronów jako środków walki wykorzystywanych w działaniach bojowych w sposób naruszający normy prawa humanitarnego, ale również moralne i etyczne. Godnym odnotowania jest fakt, że również w Polsce działania informacyjne w tym zakresie prowadzi Inicjatywa na rzecz Międzynarodowego Prawa Karnego i Praw Człowieka w Europie Środkowej i Wschodniej realizując projekt „Społeczeństwo obywatelskie wobec rozwoju polskich bojowych bezzałogowców”. Projekt prowadzony jest w Internecie pod nazwą „5 ton nad ziemią” i zamieszczony na stronie internetowej Inicjatywy²⁹.

Stworzenie sztucznej inteligencji umożliwi zastosowanie jej w autonomicznych dronach i robotach bojowych zdolnych do działania w każdym środowisku³⁰. Wizja przyszłego pola walki, gdzie o podjęciu konkretnego działania militarnego będzie decydowała maszyna, budzi dziś sprzeciw wielu środowisk naukowych i opiniotwórczych. Szczególną rolę w zakresie informowania społeczeństw o potencjalnych zagrożeniach spełniają organizacje pozarządowe skupiające i integrujące w swoich szeregach specjalistów różnych dziedzin nauki, zarówno technicznych, jak i społecznych i humanistycznych, tworząc w ten sposób interdyscyplinarny ruch społeczny.

Społeczny ruch przeciwko rozwojowi autonomicznych robotów bojowych zainicjował profesor Noel Sharkey, który na łamach „The Guardian” w sierpniu 2008 r. ostrzegł o zagrożeniach, jakie mogą powodować wojskowe roboty wyposażone w sztuczną inteligencję. Szczególne obawy naukowca wzbudziła możliwość samodzielnego podjęcia przez maszynę decyzji o otwarciu ognia do człowieka i wezwał on polityków do podjęcia pilnych prac nad regulacjami prawnymi dotyczącymi robotów bojowych. W następnym roku ideę tę poparła Landmine Action (obecnie Action Against Armed Violence).

²⁸ Szerzej: Raport Sekretarz Generalnego ONZ z 28 maja 2010, (P. Alston, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, General Assembly, A/HRC/14/24/Add.6). Raport przedstawia zastrzeżenia dotyczące prowadzenia działań selektywnej eliminacji i podkreślający liczne problemy etyczne, moralne i prawne wynikające z użycia do tego celu bezzałogowych aparatów latających. Źródło: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.24.Add6.pdf>, (dostęp: 2.09.2015 r.)

²⁹ Zob.: <http://5ton.pl/> (dostęp: 26.08.2015 r.).

³⁰ Z punktu widzenia potrzeb wojska roboty bojowe będą posiadały szereg cech przydatnych na polu walki, jak: duża precyzja wykonywania zadań, brak zmęczenia fizycznego i psychicznego, możliwość pozostawania w stałej gotowości do działania, nieuleganie emocjom, brak demotywacji i zniechęcenia do działania, nieuleganie deprywacjom, brak obaw o utratę życia oraz uszkodzenie ciała, niepodjęmowanie działania po choppnego i nieprzemyślanego spowodowanego błędną oceną sytuacji.

W 2011 r. Jody Williams poparła kampanię przeciwko autonomicznym robotom, apelując o całkowity zakaz ich stosowania. W następnym roku do koalicji przeciwko robotom włączyła się brytyjska organizacja pozarządowa o nazwie Art. 36³¹.

19 października 2012 r. doszło w Nowym Yorku do spotkania delegatów NGO mającego na celu zinstytucjonalizowanie działań i utworzenie kampanii przeciwko robotom bojowym (Campaign to Stop Killer Robots), której celem jest prewencyjne wprowadzenie zakazu rozwoju, produkcji i stosowania autonomicznych systemów uzbrojenia. W listopadzie tego samego roku HRW ogłosiło swój raport pt. *Losing Humanity: The Case Against Killer Robots*, w którym po raz kolejny zaapelowano o powszechne wprowadzenie zakazu stosowania autonomicznych robotów wojskowych.

W kwietniu 2013 r. w Londynie oficjalnie została zainaugurowana Kampania przeciwko robotom wojskowym. Do działań Kampanii włączyły się kolejne osoby, m.in. pisarz Daniel Suarez, a działania ukierunkowane zostały przede wszystkim na zwrócenie uwagi światowej opinii publicznej na zagrożenia stwarzane przez roboty autonomiczne. Pierwszym efektem działań było stwierdzenie przedstawiciela rządu Wielkiej Brytanii mówiące, że nie wolno rozwijać systemów uzbrojenia, których użycie powoduje łamanie MPH³².

W 2014 roku miało miejsce wiele spotkań i konferencji organizowanych przez NGO, jak również przez narodowe instytucje, m.in. Parlament Europejski, w aspekcie legalności stosowania sztucznej inteligencji w sprzęcie wojskowym. Kampanię poparły kolejne autorytety, m.in. południowoafrykański arcybiskup Desmond Tutu oraz Dalaj Lama, a w grudniu działania organizacji poparł podczas spotkania na szczycie laureaci Pokojowej Nagrody Nobla, wzywając do ustanowienia zakazu stosowania robotów autonomicznych.

Kierowaniem i koordynacją działań kampanii zajmuje się Komitet Sterujący, w skład którego wchodzi pięć organizacji ponadnarodowych i cztery narodowe prowadzące działania w skali ogólnoświatowej. Są to: Human Rights Watch, Article 36, Association for Aid and Relief Japan, International Committee for Robot Arms Control, Mines Action Canada, Nobel Women's Initiative, PAX (poprzednio IKV Pax Christi), Pugwash Conferences on Science & World Affairs oraz Women's International League for Peace and Freedom. Część z nich od wielu lat działa na arenie międzynarodowej w zakresie rozwiązywania różnych problemów światowych, natomiast niektóre, jak np.

³¹ Nazwa organizacji odwołuje się do art. 36 Protokołu dodatkowego I, który zobowiązuje kraje będące stronami protokołu do podjęcia oceny, czy projekty nowych środków walki nie naruszają prawa humanitarnego i nie należą do broni niehumanitarnych.

³² Zob. <http://www.article36.org/weapons-review/uk-says-killer-robots-will-not-meet-requirements-of-international-law/> (dostęp: 27.08.2015 r.).

International Committee for Robot Arms Control (ICRAC)³³ została utworzona w ściśle określonym celu. O możliwych zagrożeniach wynikających z zastosowania na masową skalę sztucznej inteligencji wypowiadały się osoby ze świata nauki, m.in. Stephen Hawking, które napisały otwarty list do Sekretarza Generalnego ONZ sugerujący konieczność wprowadzenia ogólnościowego zakazu stosowania robotów-zabójców³⁴.

Obecnie kampania przeciwko robotom-zabójcom i stosowaniu sztucznej inteligencji w działalności militarnej nabiera tempa i angażuje liczne autorytety w celu opracowania projektu konwencji dotyczącej omawianej kwestii.

8. Wnioski

Od lat osiemdziesiątych XX wieku działalność organizacji pozarządowych zyskuje coraz większe znaczenie i uznanie na arenie międzynarodowej z powodu angażowania się w próby rozwiązywania problemów wynikających ze stosowania technologii wojskowych, a zwłaszcza broni powodujących zbędne cierpienia. Ich działalność przyczynia się do wzrostu wrażliwości społecznej na cierpienia towarzyszące ofiarom konfliktów zbrojnych podczas ich trwania, ale również po ich zakończeniu. Nowym zjawiskiem jest aktywne włączanie się organizacji pozarządowych w proces stanowienia MPHKZ przy zmniejszającej się jednocześnie roli instytucji międzynarodowych zajmujących się problematyką rozbrojenia. Prowadzone dotychczas przez NGO działania pozwalają na uświadomienie społeczeństwu, iż posiadają one ogromny potencjał w zakresie możliwości monitorowania zagrożeń ze strony nowoczesnych technologii wojskowych, a jednocześnie wprowadzania nowych rozwiązań prawnych ograniczających stosowanie broni powodujących zbędne cierpienia. Proces zwiększania udziału społeczeństw we współrządzeniu państwem i możliwości wywierania presji na władze jest typowy dla społeczeństw demokratycznych i obywatelskich, które poprzez działalność organizacji pozarządowych przyczyniają się do zwiększenia świadomości prawnej społeczeństw w zakresie MPHKZ, jak również jego implementacji. Proces monitorowania implementowania prawa humanitarnego przez NGO odbywa się poprzez sieć wydawnictw oraz prezentowanie wyników badań na stronach internetowych. W zakresie dalszego rozwoju prawa humanitarnego w części dotyczącej stosowania środków walki wydaje się konieczne opracowanie definicji broni powodujących zbędne cierpienia

³³ CRAC jest międzynarodowym interdyscyplinarnym gremium skupiającym ekspertów w zakresie robotyki, problemów etycznych, stosunków międzynarodowych, kontroli zbrojeń, bezpieczeństwa międzynarodowego, międzynarodowego prawa humanitarnego i praw człowieka.

³⁴ Zob. *Stephen Hawking, Elon Musk, Steve Wozniak and over 1,000 AI researchers co-signed an open letter to ban killer robots*, <http://www.techinsider.io/stephen-hawking-elon-musk-sign-open-letter-to-ban-killer-robots-2015-7> (dostęp: 27.08.2015 r.).

w taki sposób, aby nie ograniczała się ona do dotychczasowych rozwiązań, ale mogła swoim zakresem objąć inne środki walki, które znajdują się obecnie w fazie projektowania bądź prób poligonowych. Należy przypuszczać, że jeżeli w przyszłości zostaną opracowane nowe rodzaje broni, których intencjonalnym celem użycia będzie spowodowanie trwałego kalectwa lub wywołanie skutków typowych dla broni powodujących nadmierne cierpienia zaprezentowanych w niniejszym artykule, to również zostaną uznane za takowe nie tylko w świadomości społecznej, ale również w odpowiednich aktach prawa humanitarnego.

**BROŃ NIEŚMIERCIONOŚNA – PRZYKŁAD
HUMANITARYZACJI CZY ZŁAGODZENIA
OGRANICZEŃ W ZAKRESIE ŚRODKÓW
PROWADZENIA DZIAŁAŃ ZBROJNYCH?**

**NON-LETHAL WEAPONS – EXAMPLE OF
HUMANIZATION OR MITIGATION OF RESTRICTIONS
ON MEANS OF CONDUCTING HOSTILITIES?**

Summary

Non-lethal weapons is the general term for various kinds of weapons with one common feature, which is the assumed aim of their use – those weapons are designed to incapacitate rather than to kill. That goal may be achieved with a variety of different technologies, including using kinetic, acoustic, electric or electromagnetic energies or a combination of these. From the perspective of contemporary international humanitarian law, the possibilities offered by the use of non-lethal weapons may be significant – taking into account that non-lethal weapons are designed to incapacitate and not to eliminate, they may fulfil the requirement of humanization of hostilities and may be useful in many operations, for example capturing the enemy commander. However, as evidenced in the example of blinding laser weapon, a weapon which does not kill, may nevertheless cause unnecessary suffering, and that effect is considered to be the breach of international humanitarian law. It also happens that the weapon intended to be used is legal, but the method of its use is not. Thus, it should not be assumed in advance that non-lethal weapons are humanitarian. Therefore every kind of that weapon intended to be used in armed conflicts should be reviewed under the general rules of international humanitarian law, and in particular under specific weapons law regimes. That review may be essential especially in case of counter-insurgency operations, when the risk of collateral damage may appear, and due to the obligation to minimize that damage, the choice of a non-lethal weapon may be the most appropriate.

keywords: non-lethal weapons, incapacitating weapons, non-lethal abilities, means of warfare, new kinds of weapons

Ci, którzy nie biorą pod uwagę niebezpieczeństw związanych z prowadzeniem wojny, nie potrafią w pełni poznać korzyści płynących z działań wojсковych.

Sun Tzu, Sztuka wojny

1. Wprowadzenie

We współczesnych konfliktach zbrojnych, zwłaszcza tych o charakterze międzynarodowym, siły zbrojne coraz częściej zmuszone są prowadzić nie tylko działania wojenne wymierzone w przeciwnika, lecz także rodzaje aktywności inne niż konfrontacja militarna, takie jak operacje nastawione na utrzymanie lub przywracanie bezpieczeństwa i porządku publicznego. Natura tych konfliktów i wiążące się z tym faktem nowe wyzwania spowodowały potrzebę znalezienia właściwych na nie odpowiedzi. Takim wyzwaniem jest niewątpliwie zapewnienie odpowiedniej ochrony ludności cywilnej przed skutkami działań zbrojnych, przy czym im szersza będzie ta ochrona, tym lepiej. W tym celu można oczywiście przyjąć bardzo restrykcyjne zasady użycia siły (*rules of engagement*, ROE), w rezultacie jednak podnoszenie wymogów dotyczących dopuszczalności użycia siły może negatywnie wpłynąć na bezpieczeństwo sił uczestniczących w danej operacji. Innymi słowy, niełatwo jest wyeliminować prawdopodobieństwo strat wśród niekombatantów bez narażania własnych wojsk¹. Dylemat ten obrazuje choćby sytuacja, w której dowódca ma do czynienia z wrogo nastawionym tłumem i nie jest w stanie odróżnić, kto może być celem ataku, a kto jest osobą chronioną. Idealnym rozwiązaniem byłaby więc broń, która nie jest przeznaczona do zabijania i która mogłaby zostać użyta wówczas, gdy wykorzystanie tradycyjnego arsenału byłoby niedozwolone lub napotykało na poważne trudności. Takie „nieśmiertelności” technologie mogłyby zapewnić lepszą ochronę osobom cywilnym, zaś wciąż zachowana możliwość użycia broni śmiertelnej służyłaby bezpieczeństwu personelu wojskowego².

Zainteresowanie wspomnianymi technologiami oraz możliwościami wykorzystania ich podczas operacji wojskowych znacząco wzrosło po zakończeniu zimnej wojny, gdy siły zbrojne różnych państw (głównie zachodnich), poza typowymi działaniami wojennymi, coraz częściej zaczęły angażować się w rozmaite „operacje inne niż wojna” (*operations other than war*) – stąd wynikała potrzeba wyposażania żołnierzy w środki oddziaływania o mniejszej sile destrukcyjnej niż standardowa broń wojskowa³. Już w 1992 roku, a więc rok po zakończeniu operacji „Pustynna Burza” w Zatoce Perskiej,

¹ V. Sautenet, *Legal Issues Concerning Military Use of Non-Lethal Weapons*, http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v7n2/sautenet72_text.html (dostęp: 29.04.2006 r.).

² *Ibidem*.

amerykański Departament Obrony oficjalnie opowiedział się za rozwojem technologii i doktryny „wojny nieśmiercionośnej”⁴. Konkretna decyzja została natomiast podjęta w 1997 roku, kiedy w ramach Departamentu Obrony uruchomiono program dotyczący broni nieśmiercionośnej i powołano do życia Joint Non-Lethal Weapons Directorate. Faktycznie jednak oddziały amerykańskich Marines wyposażono w nieśmiercionośne środki walki i przygotowano do ich użycia w 1995 roku w ramach operacji „United Shield” w Somalii⁵. Siły zbrojne Stanów Zjednoczonych dysponowały też nieśmiercionośnym arsenałem podczas operacji „Uphold Democracy” na Haiti (w latach 1994–1995) oraz w 1996 i 1997 roku w trakcie operacji ONZ „Joint Endeavour” w Bośni⁶.

Zwolennicy broni nieśmiercionośnej podkreślają zatem jej uniwersalność – jej poszczególne rodzaje można bowiem stosować nie tylko w ramach działań policyjnych czy w celu kontroli tłumu podczas manifestacji i demonstracji, lecz także podczas konfliktów zbrojnych i operacji pokojowych⁷. Również walki w Iraku prowadzone w terenie zurbanizowanym ukazały przydatność uzbrojenia, które w różnym stopniu powoduje zniszczenia oraz straty w życiu i zdrowiu ludzkim, nawet w przypadku stosunkowo intensywnych starć, w szczególności zaś wówczas, gdy ludność cywilna i obiekty cywilne wykorzystywane są w charakterze tarcz. To kolejny powód poszukiwania rozwiązań pozwalających skutecznie zwalczać przeciwnika w środowisku miejskim i jednocześnie ograniczających przypadkowe straty i zniszczenia⁸. Nie dziwi więc fakt, że w ślad za Stanami Zjednoczonymi podążyli inni – wśród nich organizacje międzynarodowe, takie jak Sojusz Północnoatlantycki i Unia Europejska, które uruchomiły własne programy badawcze nad technologiami broni nieśmiercionośnej wykorzystującymi energię kinetyczną, prąd elektryczny, energię elektromagnetyczną czy fale dźwiękowe. Zaangażowanie w taki program NATO deklaruje już od 1999 roku⁹, zaś w ramach Unii Europejskiej projektami dotyczącymi systemów broni nieśmiercionośnej zajmuje

³ K. Kubiak, *Broń „nieśmiercionośna” a możliwości samoobrony statków handlowych*, „The Maritime Worker” 2010, Nr 5 (24), s. 5.

⁴ A. Toffer, H. Toffer, *Wojna i antywojna. Jak przetrwać na progu XXI wieku?*, Wydawnictwo Kurpisz S.A., Poznań 2006, s. 148.

⁵ J.C. Duncan, *A Primer on the Employment of Non-Lethal Weapons*, „Naval Law Review” 1998, Vol. XLV, s. 1–2.

⁶ V. Sautenet, *op.cit.*

⁷ Zob. S. Casey-Maslen, *Non-kinetic-energy weapons termed ‘non-lethal’: A Preliminary Assessment under International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Geneva 2010, s. 1.

⁸ M. N. Schmitt, *War, Technology, and International Humanitarian Law*, „HPCR Occasional Paper Series” 2005, No 4, s. 28.

⁹ Zob. NATO Policy on Non-Lethal Weapons (Press Statement), 13.10.1999 r.

się Europejska Agencja Obrony (European Defence Agency, EDA)¹⁰. Mimo więc faktu, że wiele spośród dziś stosowanych rodzajów broni nieśmiertelności została opracowanych dziesiątki lat temu (np. gaz łzawiący, gumowa amunicja), broń ta cieszy się coraz większym zainteresowaniem, gdyż ma opinię „bardziej humanitarnej”¹¹, w przeciwieństwie bowiem do klasycznej broni śmiertelności, która niszczy cele głównie wskutek wybuchu, penetracji pociskami i rażenia odłamkami, broń nieśmiertelnością cechuje działanie nie powodujące poważnych zniszczeń fizycznych¹². Jej zadaniem jest obezwładnienie człowieka lub unieszkodliwienie sprzętu przy jednoczesnym, pożądanym obecnie, zminimalizowaniu ofiar śmiertelnych i uszkodzeń ciała¹³.

Współczesne pole walki stawia wiele wyzwań nie tylko przed żołnierzami, lecz także przed prawnikami specjalizującymi się w międzynarodowym prawie humanitarnym (MPH). Jednym ze źródeł tych wyzwań jest właśnie rosnące zapotrzebowanie na rozwój technologii broni nieśmiertelności dla zastosowań podczas działań zbrojnych¹⁴. Jednak pogląd, jakoby broń nieśmiertelności była bardziej humanitarna, często – choć nie zawsze – przeczy rzeczywistości jej wykorzystaniu¹⁵. Nawet broń nieśmiertelności może bowiem prowadzić do śmierci potraktowanej nią osoby, broń ta może też powodować trwałe kalectwo¹⁶. Poza tym w przypadku każdego rodzaju środka walki, istnieje możliwość jego nadużycia¹⁷.

Z uwagi zatem na wzrastające zainteresowanie technologiami nieśmiertelności i możliwościami ich militarnego wykorzystania, ogromnego znaczenia nabiera ocena legalności stosowania poszczególnych rodzajów tej broni. Należy więc ustalić, czy używanie tej broni nie narusza międzynarodowego prawa humanitarnego – przy czym przy braku konkretnych uregulowań w prawie traktatowym (z wyjątkiem broni chemicznej), punktem odniesienia dla tej oceny są podstawowe zasady MPH, stanowiące nierzadko jedyny miernik legalności metod i środków prowadzenia działań zbrojnych.

¹⁰ Zob. *European Defence Agency, Non-Lethal Capabilities*, <http://www.eda.europa.eu/our-work/projects-search/non-lethal-capabilities> (dostęp: 16.12.2014 r.).

¹¹ Zob. D.P. Fidler, *The International Legal Implications of „Non-Lethal” Weapons*, „Michigan Journal of International Law” 1999, Vol. 21, s. 57.

¹² V. Sautenet, *op.cit.*

¹³ Broń nieśmiertelności byłaby więc „swego rodzaju kompromisem między bronią konwencjonalną a koniecznością ograniczenia strat ludzkich do minimum” (A. Ziemiński, *Broń nieśmiertelności w działaniach przeciwrebelianckich*, [w:] W. Więcek (red.), *Działania przeciwrebelianckie w operacjach*, Wydawnictwo AON, Warszawa 2011, s. 119).

¹⁴ Por. E. Massingham, *Conflict without casualties... a note of caution: non-lethal weapons and international humanitarian law*, IRORC 2012, Vol. 94, № 886, s. 674.

¹⁵ Zob. S. Casey-Maslen, *op.cit.*, s. 72.

¹⁶ Szerzej – zob. L. Doswald-Beck, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 171.

¹⁷ E. Massingham, *op.cit.*, s. 675.

Ogólnie mówiąc, każda broń powinna być tak skonstruowana i wykorzystywana, by skutki jej użycia ograniczały się jedynie do celów wojskowych, w zgodzie z zasadą rozróżniania. Prawo humanitarne wymaga również zachowania odpowiedniej równowagi między koniecznością wojskową i zasadą humanitaryzmu, zatem nawet jeśli atakowany obiekt to cel wojskowy, należy wystrzegać się powodowania nadmiernego, niepotrzebnego cierpienia. W znalezieniu wspomnianej równowagi istotną rolę pełni zasada proporcjonalności. W trakcie prowadzenia działań zbrojnych należy ponadto uwzględnić wymóg ochrony środowiska naturalnego¹⁸. Wymienione zasady mają charakter uniwersalny, odnoszą się zatem do wszystkich rodzajów broni, również nieśmiertelnościowej, zaś konieczność ich oceny w świetle MPH wyrażono w art. 36 Protokołu Dodatkowego I do konwencji genewskich przyjętego w 1977 roku i dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (PD I)¹⁹. Tak przeprowadzona ocena legalności stosowania nieśmiertelnościowego uzbrojenia pozwala zastanowić się nad znaczeniem i funkcjami tej broni we współczesnych operacjach wojskowych. Jakikolwiek jednak rozważania nad dopuszczalnością stosowania broni nieśmiertelnościowej poprzedzić należy jej zdefiniowaniem oraz przedstawieniem – przynajmniej w ogólnym zarysie – poszczególnych jej rodzajów wraz z konkretnymi ich przykładami.

2. Broń nieśmiertelnościowa – definicje, rodzaje, przykłady

Zauważalny w ostatnich latach postęp w dziedzinie technologii broni nieśmiertelnościowej oraz możliwości jej wszechstronnego zastosowania, tak przez siły zbrojne, jak i instytucje i służby zajmujące się ochroną bezpieczeństwa i porządku publicznego, poszukujące bardziej wyszukanych i proporcjonalnych metod reakcji na przemoc, wymagały zaangażowania wielu dyscyplin, w tym medycyny (przede wszystkim wojskowej i ratunkowej oraz chirurgii urazowej), prawa (zwłaszcza takich dziedzin, jak prawo karne, humanitarne, czy prawa człowieka), socjologii, filozofii i etyki, techniki wojskowej oraz balistyki²⁰. Okazało się, że rodzajów uzbrojenia, których celem jest wyłączenie z walki ludzi lub sprzętu w taki sposób, by nie zabijać, nie powodować trwałego uszczerbku na zdrowiu i nie wyrządzać poważnych szkód i zniszczeń, jest bardzo wiele, dlatego w literaturze znaleźć można różnorodne klasyfikacje tej broni²¹, różnie jest też ona de-

¹⁸ Zob. D.P. Fidler, *The International...*, s. 97–98.

¹⁹ Dz.U. z 1992 r., Nr 41, poz. 175, załącznik.

²⁰ B. Koene, F. Id-Boufker, A. Papy, *Kinetic Non-Lethal Weapons*, „Netherlands Annual Review of Military Studies” 2008, s. 9–10.

²¹ Zob. m.in.: J.B. Alexander, *Future War: Non-Lethal Weapons in Modern Warfare*, St. Martin's Press, New York 1999; M. Annati, *Non-Lethal Weapons Revisited*, „Military Technology” 2007, Vol. 31, Issue 3, s. 82 i n.; Brad-

finiowana, choć w definicjach tych wskazać można na pewne powtarzające się, stałe elementy.

Dla przykładu, według amerykańskiego Departamentu Obrony, broń nieśmiertelna to „broń, urządzenia i amunicja, które zostały jednoznacznie zaprojektowane i są stosowane przede wszystkim w celu natychmiastowego obezwładniania namierzonego personelu lub unieszkodliwiania wyposażenia przy minimalizowaniu ofiar śmiertelnych, trwałych obrażeń personelu oraz niepożądanych zniszczeń mienia i środowiska w strefie działania. Skutki, jakie broń nieśmiertelna wywołuje w stosunku do personelu i wyposażenia, w założeniu mają charakter odwracalny”²². W dokumentach Sojuszu Północnoatlantyckiego broń nieśmiertelna określana jest natomiast jako „rodzaj broni, która jest jednoznacznie przeznaczona do obezwładniania lub odpierania siły żywej oraz unieszkodliwiania sprzętu przy zminimalizowanym prawdopodobieństwie powstania ofiar śmiertelnych, trwałe okaleczonych oraz zniszczeń mienia i szkód w środowisku naturalnym”²³. Z kolei Instytut Organizacji Narodów Zjednoczonych do spraw Badań nad Rozbrojeniem (United Nations Institute for Disarmament Research – UNIDIR), broń nieśmiertelną definiuje jako „broń specjalnie zaprojektowaną do obezwładniania osób lub unieszkodliwiania sprzętu przy jednoczesnych minimalnych stratach ubocznych dotyczących budynków i środowiska naturalnego; broń ta nie powinna powodować niepotrzebnego cierpienia, jej efekt powinien mieć wymiar tymczasowy i odwracalny oraz powinna ona stanowić alternatywę dla użycia broni śmiertelnej bądź podwyższać wymagania dotyczące użycia tej broni”²⁴.

Z definicji tych wynika, iż cechą wspólną wszystkich rodzajów broni nieśmiertelnej, w polskich opracowaniach określanej też jako „broń nieletalna” (ang. *non-lethal weapon*)²⁵ lub „broń niezabijająca”, jest jej szczególne

ford Non-Lethal Weapons Research Project, *Introduction to Non-Lethal Weapons*, <http://www.brad.ac.uk/acad/nlw/introduction/> (dostęp: 12.10.2014 r.); J.R. Bunker (red.), *Non-Lethal Weapons: Terms and References*, „INSS Occasional Paper”, Vol. 15, USAF Academy, Colorado 1997; N. Lewer (red.), *The Future of Non-Lethal Weapons: Technologies, Ethics and Law*, Frank Cass, London 2002; N. Lewer, N. Davison, *Non-lethal technologies – an overview*, „Disarmament Forum” 2005, № 1, s. 37–51; K. Kubiak, *Broń nieśmiertelna w współczesnych konfliktach zbrojnych*, „Zeszyty Naukowe AON” 2008, Nr 1 (70), s. 72–80; R. Mandel, *Security, Strategy, and the Quest for Bloodless War*, Lynne Rienner Publishers, Boulder/London 2004; National Research Council, *An Assessment of Non-Lethal Weapons Science and Technology*, National Academies Press, Washington D.C. 2003; B. Rappert, *A Framework for the Assessment of Non-Lethal Weapons*, „Medicine, Conflict and Survival” 2004, Vol. 20, s. 35–54; N. Świętochowski, *Współczesna broń nieśmiertelna. Podział i charakterystyka*, „Zeszyty Naukowe WSOWL” 2013, Nr 2 (168), s. 5–19.

²² U.S. Department of Defense Directive № 3000.03E, *DoD Executive Agent for Non-Lethal Weapons (NLW), and NLW Policy*, 25.04.2013 r., Glossary: Part II. Definitions.

²³ NATO Policy..., § II.3.

²⁴ Zob. N. Lewer, N. Davison, *op.cit.*, s. 37.

²⁵ Zob. np. Z. Śliwa, *Wykorzystanie broni nieletalnych w operacjach na rzecz wsparcia pokoju*, „Zeszyty Naukowe WSOWL” 2003, Nr 4, s. 70–78.

przeznaczenie – stosuje się ją, by wyłączyć z walki ludzi, nie zabijając ich przy tym i nie powodując trwałych obrażeń, a także unieszkodliwić sprzęt przeciwnika, nie wyrządzając szkody mieniu (nie będącemu celem wojskowym) i środowisku. Broń ta ma zatem uniemożliwić przeciwnikowi prowadzenie działań bez powodowania dużych strat i zniszczeń fizycznych – jest „alternatywnym systemem rażenia, prowadzącym do zneutralizowania celu, jednocześnie minimalizując ryzyko zranienia (uszkodzenia) lub zabicia (zniszczenia) rażonej osoby (obiektu)”²⁶.

W dokumentach i opracowaniach poświęconych broni nieśmiertelności pojawiają się inne jej określenia, takie jak: broń mniej śmiertelna (*less lethal weapon*)²⁷, broń o obniżonym progu śmiertelności²⁸, czy broń o bezwładniająca²⁹. Nie zawsze określenia te stanowią nazwy zamienne, wielu autorów zaznacza bowiem, iż choć podstawową cechą każdego rodzaju broni nieśmiertelności jest zredukowanie do minimum ryzyka zranienia bądź zabicia, nie oznacza to jednak, że to ryzyko zostanie całkowicie wyeliminowane – możliwe jest, że broń ta mimo wszystko spowoduje ofiary śmiertelne³⁰. Dlatego używanie terminu „broń nieśmiertelna” nie do końca oddaje charakter tej broni. W istocie definicje różnych rodzajów broni zazwyczaj wyjaśniają, jakie dana broń wywołuje efekty, natomiast w definicjach broni nieśmiertelności akcentuje się, czego ta broń nie powinna robić. Poza tym definicje broni nieśmiertelności zawierają elementy subiektywne i nieprecyzyjne i nie wyjaśniają takich terminów, jak „niepotrzebne cierpienie” i „niskie prawdopodobieństwo”. Określenie „nieśmiertelna” nie implikuje więc, że broń ta nie może powodować śmierci; istotna jest tu intencja, że w wypadku jej użycia ryzyko spowodowania śmierci jest możliwie jak najmniejsze³¹. Istnieje broń, która w stu procentach jest bronią śmiertelną, natomiast nie istnieje taka broń, o której można by powiedzieć, że jest w stu

²⁶ N. Świętochowski, *op.cit.*, s. 6. Por. E.L. Nutley, *Non-Lethal Weapons: Setting Our Phasers on Stun? Potential Strategic Blessings and Curses of Non-Lethal Weapons on the Battlefield*, Occasional Paper No 34, Center for Strategy and Technology, Air War College, 08.2003 r., s. 3; J.P. Greene, *The Need for Non-Lethal Weapons in Major Combat Operations*, Naval War College, Newport, Rhode Island 2008, s. 3.

²⁷ Zob. np. M.N. Schmitt, *op.cit.*, s. 28; E.L. Nutley, *op.cit.*, s. 4.

²⁸ Określenie to ma wskazywać, że stosowanie tej broni może powodować śmierć lub trwale obrażenia, ale ryzyko wystąpienia takich skutków ocenić należy jako „niskie” (zob. N. Davison, *‘Non-Lethal’ Weapons*, Palgrave Macmillan, London 2009, s. 1).

²⁹ Zob. np. M. Żeligowski, *Nadmierne cierpienie jako granica dopuszczalności środków walki zbrojnej*, „Stosunki Międzynarodowe – International Relations” 2008, Nr 3–4 (t. 38), s. 172; E. Massingham, *op.cit.*, s. 674.

³⁰ Zob. W. Boothby, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 246–247. Zob. też S. Casey-Maslen, *op.cit.*, s. 9. Podobnie w cytowanym dokumencie NATO wyraźnie podkreślono, iż w przypadku broni nieśmiertelności nie jest wymagane zupełne wyeliminowanie prawdopodobieństwa spowodowania śmierci lub trwałego uszkodzenia ciała, jednakże, choć nie można zagwarantować bądź oczekiwać całkowitego uniknięcia tych skutków, broń nieśmiertelna powinna znacznie ograniczyć takie skutki, w porównaniu z wykorzystaniem – w takich samych okolicznościach – śmiertelnych broni konwencjonalnych (NATO Policy..., § III.8).

procentach bronią nieśmiertelnością, dlatego właśnie część autorów preferuje użycie sformułowania „mniej śmiertelność” (bądź „obezwładniający”) zamiast „nieśmiertelność”. To, czy broń jest śmiertelność, czy nie, zależy od immanentnej natury broni, sposobu jej użycia oraz wrażliwości przeciwnika bądź sprzętu na efekty jej zastosowania³².

Trudności w precyzyjnym sformułowaniu definicji broni nieśmiertelności mogą wynikać m.in. z różnorodnych kryteriów jej klasyfikacji. Podstawowym sposobem klasyfikacji tej broni jest jej podział ze względu na obiekt oddziaływania. Zasadniczo wyróżnia się zatem broń nieśmiertelnością oddziałującą na ludzi oraz broń, której przeznaczeniem jest oddziaływanie na środki techniczne i budynki, czyli broń przeciwmateriałną³³. Broń wykorzystywaną przeciwko ludziom dzieli się na taką, która działa na psychikę człowieka (np. wywołującą panikę, apatię) i taką, która działa na fizjologię człowieka (np. wywołującą ból, pieczenie, mdłości, oślepienie, ogłuszenie)³⁴. Z kolei broń przeciwmateriałną dzieli się na działającą na pojazdy (np. zatrzymującą lub uszkodzającą te pojazdy), działającą na urządzenia elektroniczne (np. zakłócającą ich pracę) oraz służącą blokowaniu określonych budynków lub terenów³⁵.

Biorąc pod uwagę, że broń nieśmiertelność wykorzystuje w swoim działaniu różne rodzaje energii – kinetyczną, elektryczną, elektromagnetyczną, a także substancje chemiczne i fale dźwiękowe, jednym z najczęściej stosowanych kryteriów klasyfikujących tę broń jest technologia, którą w niej zastosowano. Według tego kryterium wyróżnić można następujące rodzaje broni nieśmiertelności:

- broń kinetyczna (np. gumowe pociski, armatki wodne, siatki obezwładniające),

³¹ Jak zauważa N. Świętochowski, „przy posługiwaniu się bronią nieśmiertelnością wyraża się raczej intencję zmniejszenia ryzyka zabicia jako alternatywę do innych, bardziej destruktywnych środków rażenia, bez gwarancji, że rzeczywiście uniknie się fatalnych konsekwencji wynikających z użycia broni” (N. Świętochowski, *op.cit.*, s. 7). Por. D.P. Fidler, *The International...*, s. 62.

³² B. Koene, F. Id-Boufker, A. Papy, *op.cit.*, s. 9. Niektóre z rodzajów broni nieśmiertelności mogą też odznaczać się „warunkową śmiertelnością” – jeśli stosuje się je z niewielką mocą, wyrządzają minimalne i tymczasowe szkody, wystarczy jednak spotęgować ich siłę, a zaczną zabijać (A. Toffer, H. Toffer, *op.cit.*, s. 153). Przykładowo niektóre urządzenia emitujące wiązki energii elektromagnetycznej mogą powodować oparzenia drugiego i trzeciego stopnia, w skrajnych przypadkach prowadzące nawet do śmierci (E. Massingham, *op.cit.*, s. 675).

³³ N. Świętochowski, *op.cit.*, s. 9. Stosując to samo kryterium, można też podzielić broń nieśmiertelność na oddziałującą na człowieka, oddziałującą na urządzenia techniczne oraz oddziałującą zarówno na człowieka, jak i na urządzenia techniczne (A. Ziemiński, *op.cit.*, s. 119).

³⁴ N. Świętochowski, *op.cit.*, s. 9.

³⁵ *Ibidem*, s. 10. Określając tę broń jako „nieśmiertelność”, nie do końca jednak oddaje się jej przeznaczenie lub charakter. Co więcej, użycie niektórych rodzajów tej broni może być śmiertelność w sposób pośredni, bowiem gdy nastąpi awaria pojazdu, sprzętu, czy przedmiotów, w śmiertelnym zagrożeniu mogą znaleźć się osoby kierujące tymi pojazdami bądź używające danego sprzętu (D.P. Fidler, *The International...*, s. 56).

- broń chemiczna (np. środki do kontroli zachowań tłumu, malodoryanty),
- broń elektryczna (np. paralizatory, tasery),
- broń elektromagnetyczna (np. Active Denial System),
- broń akustyczna (np. granaty hukowe, Long Range Acoustic Device),
- inne technologie nieśmiercionośne (np. środki ogłuszająco-oślepiające)³⁶.

Broń kinetyczna to rodzaj broni nieśmiercionośnej, która wykorzystuje w swoim działaniu energię kinetyczną, nadaną przez siłę mięśni człowieka (pałki), gazy prochowe lub sprężone powietrze (amunicja niepenetracyjna, modułowa amunicja do kontroli tłumu, Modular Crowd Control Munition – MCCM) albo ciśnienie i sprężanie (armatki wodne)³⁷. Broń taka może wywołać obrażenia organów wewnętrznych, choć zasadniczo ma ona na celu przestraszenie lub zniechęcenie przeciwnika do podejmowania wrogich działań. Jest to najbardziej rozpowszechniona technologia broni nieśmiercionośnych, stosowana od wielu lat. Podzielić ją można na defensywną (z uwagi na jej nieduży zasięg), np. gumowe lub plastikowe pałki, i ofensywną, jak np. broń wyposażona w amunicję niepenetracyjną³⁸. Przykłady pocisków niepenetrujących wykorzystujących energię kinetyczną to amunicja gumowa, woreczki wypełnione śrutem lub grochem, pociski gumowe stabilizowane brzechwo-wo oraz granaty-gąbki. Amunicja niepenetracyjna wystrzeliwana jest do celu ze stosunkowo niską prędkością, w efekcie czego poważne obrażenia zadane ludziom ulegają ograniczeniu; w najgorszym razie mogą oni zostać ranni³⁹.

Innym przykładem broni kinetycznej są armatki wodne – niektóre ich modele potrafią przewrócić człowieka nawet z odległości 90 metrów. Armatki można użyć również w połączeniu z gazem łzawiącym bądź farbą⁴⁰. Do broni kinetycznej zalicza się także miotacze siatek używane w celu poskromienia uciekającego lub agresywnego podejrzanego. Siatka jest wystrzeliwana z miotacza ręcznego, co gwarantuje możliwość jego użycia podczas pogoni za uciekającym przeciwnikiem, może być też wystrzeliwana z niewielkiego pojazdu, przystosowanego do takiego zadania – Vehicle Lightweight Arresting Device (VLAD)⁴¹.

³⁶ N. Świętochowski, *op.cit.*, s. 11; K. Kubiak, „Broń nieśmiercionośna”..., s. 76–77.

³⁷ N. Świętochowski, *op.cit.*, s. 11.

³⁸ A. Ziemiński, *op.cit.*, s. 124.

³⁹ B. Koene, F. Id-Boufker, A. Papy, *op.cit.*, s. 10.

⁴⁰ Skutecznym sposobem walki z przeciwnikiem nieregularnym może być też zastosowanie specjalnych markerów zamiast farby – te niewidzialne środki chemiczne pozwalają oznaczyć potencjalnego przeciwnika, by w odpowiedniej sytuacji go odnaleźć i schwytąć (A. Ziemiński, *op.cit.*, s. 126).

⁴¹ E. Massingham, *op.cit.*, s. 674.

W nieśmiercionośnej broni chemicznej wykorzystuje się toksyczne właściwości substancji chemicznych w celu porażenia mózgu lub systemu nerwowego i/lub zastraszenia bądź wywołania obrażeń i uszkodzeń fizycznych. Do kategorii tej zalicza się bardzo wiele substancji, począwszy od biochemicznych środków obezwładniających, poprzez środki używane do kontroli zachowań tłumu, a skończywszy na gazach o silnym, nieprzyjemnym zapachu (tzw. malodoranty)⁴². Efekty zastosowania wymienionych substancji są bardzo różnorodne, ogólnie jednak są to środki chemiczne (i biologiczne), które w zwykłych warunkach nie powodują śmierci, a jedynie obezwładniają lub czynią czasowo niezdolnymi do działania osoby, przeciwko którym użyto tych środków⁴³. Problem ich użycia kryje się jednak w precyzyjnym określeniu mocy dawki, czasu utrzymania się danej substancji w powietrzu, a także wpływu warunków atmosferycznych⁴⁴.

Do chemicznych środków nieśmiercionośnych stosowanych przeciwko ludziom zalicza się m.in. środki do kontroli zachowań tłumu/opanowywania zamieszek (Riot Control Agents – RCA). Są to związki chemiczne, które powodują tymczasowe obezwładnienie poprzez podrażnienie oczu (łzawienie i kurcz powiek) oraz górnych dróg oddechowych, stąd nazywane są też środkami drażniącymi lub bojowymi środkami nękającymi, powszechnie zaś określa się je mianem gazów łzawiących⁴⁵. „Ich rażące działanie polega na reakcji chemicznej zachodzącej pomiędzy substancją chemiczną a substancjami odpowiedzialnymi za prawidłowe funkcjonowanie poszczególnych narządów i układów organizmu. Rezultatem tej reakcji jest czasowa niezdolność człowieka do działania”⁴⁶. Środki te mają przede wszystkim za zadanie spowodować, aby osoby wystawione na ich działanie wycofały się bądź uciekły. Efekty ich zastosowania zwykle dość szybko ustępują, pod warunkiem, że dana osoba opuści skażone miejsce. Jednakże w niektórych przypadkach niewłaściwe użycie RCA, szczególnie w przestrzeniach zamkniętych, może zakończyć się poważnym uszczerbkiem dla zdrowia bądź nawet śmiercią⁴⁷.

Środki do kontroli zachowań tłumu, stosowane chociażby przez policję, są jednak wyraźnie zakazane w sytuacji prowadzenia działań zbrojnych – zakaz ten ustanowiono w Konwencji o zakazie prowadzenia badań, produkcji, skła-

⁴² S. Casey-Maslen, *op.cit.*, s. 5, 38.

⁴³ M. Żuber, *Środki chemiczne i biologiczne o działaniu nieletalnym (część I)*, „Zeszyty Naukowe WSOWL” 2006, Nr 4, s. 26–27.

⁴⁴ A. Ziemiński, *op.cit.*, s. 126.

⁴⁵ S. Casey-Maslen, *op.cit.*, s. 39. Zalicza się do nich np. środek drażniący naturalnego pochodzenia, kapsaicynę (*oleoresin capsicum* – OC), znany pod nazwą „gazu pieprzowego”.

⁴⁶ M. Żuber, *op.cit.*, s. 30.

⁴⁷ S. Casey-Maslen, *op.cit.*, s. 40. Szerzej na ten temat zob. D.P. Fidler, *The meaning of Moscow: „Non-lethal” weapons and international law in the early 21st century*, IRoRC 2005, Vol. 87, № 859, s. 532–534.

dowania i użycia broni chemicznej oraz o zniszczeniu jej zapasów z 1993 r. (art. I ust. 5)⁴⁸. W konwencji nazywane są one „chemicznymi środkami policyjnymi” i obejmują „każdy związek chemiczny nieumieszczony w wykazach, który może szybko wywołać w organizmie człowieka podrażnienie narządów zmysłów lub fizyczne obezwładnienie, zanikające w krótkim czasie po zaprzestaniu działania” (art. II ust. 7). Zatem, w świetle tej definicji, aby uznać dany środek chemiczny za RCA, musi on mieć charakter „nieśmiercionośny”. Nie zmienia to jednak faktu, że z perspektywy traktatowego MPH, chemiczne środki policyjne nie mogą być stosowane na polu walki⁴⁹.

Broń elektryczna jest jednym z najczęściej stosowanych środków nieśmiercionośnych, przede wszystkim przez organy stojące na straży bezpieczeństwa i porządku publicznego. Jej działanie polega na rażeniu człowieka prądem elektrycznym przyłożonym za pomocą elektrod bezpośrednio do ciała lub ubrania, co powoduje u osoby rażonej silny ból oraz skurcz mięśni, czasowo obezwładniające i uniemożliwiające normalne funkcjonowanie⁵⁰. Urządzenia wykorzystujące tę technologię mogą być też stosowane przez siły zbrojne, jako wyposażenie indywidualne żołnierzy (w postaci ręcznych paralizatorów lub taserów albo pocisków kinetyczno-elektrycznych o określonej mocy ładunku wystrzeliwanych z broni strzeleckiej), bądź jako urządzenia stacjonarne służące do ochrony posterunków kontrolnych lub baz wojskowych (przykładem może być T-RAD – Taser Remote Area Denial)⁵¹. Mimo jednak jej nieśmiercionośnego charakteru, broń elektryczna wzbudza wiele kontrowersji i formułowanych jest przeciw niej wiele zarzutów – jej przeciwnicy twierdzą m.in., że jest to broń niehumanitarna, gdyż jej użycie wiąże się z zadawaniem silnego bólu i nadmiernego cierpienia, jest też prosta w obsłudze, co może prowadzić do jej nadużywania⁵².

Na broń elektromagnetyczną składają się środki i urządzenia wykorzystujące w swym działaniu energię elektromagnetyczną, występującą najczęściej w postaci fal elektromagnetycznych, rozchodzących się swobodnie w przestrzeni (w ziemi, wodzie, atmosferze i w urządzeniach)⁵³. Do rodzajów broni elektromagnetycznej należą: lasery diodowe o niskiej mocy, lasery chemiczne o wysokiej mocy oraz generatory fal milimetrowych i mikrofalowych wysokiej mocy⁵⁴. Początkowo badania nad tą bronią koncentrowały się

⁴⁸ Dz.U. z 1999 r., Nr 63, poz. 703, załącznik.

⁴⁹ Zob. D.P. Fidler, *The International...*, s. 72.

⁵⁰ N. Świętochowski, *op.cit.*, s. 13.

⁵¹ A. Ziemiński, *op.cit.*, s. 125.

⁵² Zob. N. Świętochowski, *op.cit.*, s. 13.

⁵³ *Ibidem*, s. 14.

⁵⁴ Fale elektromagnetyczne mogą być również wykorzystane do zakłócania pracy urządzeń elektronicznych – tzw. bomba „E” to w teorii „urządzenie wysyłające bardzo silny krótkotrwały impuls elektromagnetyczny

na możliwościach jej zastosowania w systemach obrony przeciw rakietom balistycznym, z czasem zaczęto pracować nad technologiami broni elektromagnetycznej na potrzeby operacji policyjnych i wojskowych⁵⁵. Przykładem urządzenia, w którym zastosowano ten rodzaj broni nieśmiercionośnej, jest amerykański system działający poprzez wykorzystanie mikrofal – Active Denial System (ADS). Składa się on z emitera wielkości anteny satelitarnej, którą można zainstalować na podwoziu samochodu terenowego lub ciężarowego. Urządzenie to emituje skupioną wiązkę fal milimetrowych o częstotliwości 95 GHz (i długości fali 2 mm), przy mocy 100 kW, która powoduje szybkie podgrzanie skóry człowieka na głębokość 0,4 mm (nie oddziałuje więc na organy wewnętrzne), wywołując u rażonej osoby uczucie analogiczne jak przy silnym poparzeniu słonecznym, jednak bez objawów poparzenia skóry, nie powoduje też innych trwałych obrażeń (np. uszkodzenia wzroku). Ból jest jednak tak intensywny, że zmusza osobę rażoną do natychmiastowej ucieczki lub do zmiany położenia, dzięki czemu można np. zapobiec niekontrolowanemu zachowaniu się tłumu albo wykryć snajperów lub rebeliantów organizujących zasadzkę na żołnierzy podczas patrolu⁵⁶. Co istotne, energia z ADS może być kierowana na wybrane osoby (na odległość do 600 m), można też za pomocą czujników dozować dawkę promieniowania. Warto dodać, że prototyp ADS został wysłany do Afganistanu w celu przetestowania go przez armię amerykańską, wkrótce jednak został wycofany, bez podania powodów do wiadomości publicznej⁵⁷.

Do broni akustycznej należą środki i urządzenia służące do oddziaływania na słuch człowieka, wykorzystujące zjawisko rozchodzenia się fal dźwiękowych w atmosferze. Z uwagi na częstotliwość i słyszalność dźwięku dla ucha ludzkiego, broń akustyczną dzieli się na środki i urządzenia wykorzystujące w swym działaniu dźwięki słyszalne dla ucha ludzkiego (mieszczące się w granicach częstotliwości od 16 Hz do 20 000 Hz – np. amunicja hukowa), ultradźwięki (poniżej 16 Hz) oraz infradźwięki (powyżej 20 000 Hz)⁵⁸.

o wielkiej mocy, powodujący zniszczenie lub poważne uszkodzenie systemów elektronicznych” (T. Szubrycht, T. Szymański, *Broń elektromagnetyczna jako nowy środek walki w erze informacyjnej*, „Zeszyty Naukowe AMW” 2005, Nr 3, s. 122).

⁵⁵ S. Casey-Maslen, *op.cit.*, s. 61.

⁵⁶ M. Żeligowski, *op.cit.*, s. 172–173; A. Ziemiński, *op.cit.*, s. 127; N. Lewer, N. Davison, *op.cit.*, s. 42; B. Buch, K. Mitchell, *The Active Denial System: Obstacles and Promise*, https://www.wm.edu/offices/itpir/_documents/pips/buch_mitchell_brief.pdf (dostęp: 30.09.2014 r.), s. 19–20.

⁵⁷ S. Casey-Maslen, *op.cit.*, s. 62. Problem mogą stanowić gabaryty ADS, które sprawiają, że jego transport wymaga wykorzystania dużej ciężarówki, poza tym urządzenie to potrzebuje kilku godzin na rozruch, co wyklucza możliwość spontanicznego użycia. Zob. Ł. Cichy, *Największa amerykańska mikrofalówka*, http://technologie.gazeta.pl/internet/1,104530,8035673,Najwieksza_amerykanska_mikrofalowka.html (dostęp: 20.06.2010 r.).

⁵⁸ N. Świętochowski, *op.cit.*, s. 15.

Broń akustyczna ma na celu wywołanie zaburzenia bądź osłabienia, tymczasowego lub permanentnego, słuchu osoby bądź osób poprzez emisję dźwięku o bardzo wysokiej głośności. Zastosowanie tego rodzaju broni może ponadto spowodować u osoby rażonej bardzo dotkliwy ból, który może prowadzić nawet do utraty przytomności⁵⁹.

Chyba najbardziej znanym urządzeniem z kategorii broni nieśmiertelnych, wykorzystującym w swym działaniu dźwięki słyszalne, jest Long Range Acoustic Device (LRAD) – urządzenie akustyczne dalekiego zasięgu (do 1 km), zaprojektowane w celu przekazywania komunikatów słownych (np. ostrzeżeń) lub sygnałów dźwiękowych, generujące dźwięk 150 dB przy odległości 1 metra, a 100 dB na odległości 300 metrów. Urządzenie to występuje w wersjach mobilnej i stacjonarnej i może służyć np. do ostrzegania osób w pojazdach zbliżających się do posterunków kontrolnych albo do oddziaływania na nieprzychylnie nastawiony tłum blokujący drogę w trakcie przejazdu konwoju wojskowego lub grupy patrolowej⁶⁰. Co prawda LRAD określany jest jako urządzenie służące do informowania i ostrzegania, a nie jako broń, jednak w rzeczywistości urządzenia te były używane w charakterze broni przez siły amerykańskie w Iraku i Afganistanie⁶¹, znane są też przypadki skutecznego posłużenia się takim urządzeniem przez statki handlowe w obronie przed atakami somalijskich piratów⁶². Emitowanie dźwięków o średniej częstotliwości wywołuje bowiem rozdrażnienie i może zniechęcić przeciwnika do dalszych działań, z kolei dźwięki o wysokiej częstotliwości prowadzą do permanentnego uszkodzenia słuchu, mogą też powodować zaburzenia psychiczne. Niskiej częstotliwości nie da się jednak ukierunkować w promień, a efekty obezwładnienia osiąga się na poziomie, który powoduje również trwałe uszkodzenie słuchu. Wydaje się zatem, że dalsze badania nad bronią akustyczną powinny skupić się głównie na ograniczeniu potencjalnych, negatywnych skutków, jakie broń ta może wywoływać u ludzi w sytuacji jej praktycznego zastosowania⁶³.

3. Stosowanie broni nieśmiertelnej z perspektywy międzynarodowego prawa humanitarnego

Przedstawiona powyżej charakterystyka poszczególnych rodzajów broni nieśmiertelnej skłaniać może do generalnego wniosku, że stosowanie tej broni jako środka walki jest z perspektywy MPH dozwolone (z wyjątkiem

⁵⁹ Zob. S. Casey-Maslen, *op.cit.*, s. 8.

⁶⁰ N. Lewer, N. Davison, *op.cit.*, s. 41; A. Ziemiński, *op.cit.*, s. 128.

⁶¹ Zob. N. Lewer, N. Davison, *op.cit.*, s. 42.

⁶² Zob. LRAD Corporation, Maritime Applications, <http://www.lradx.com/site/content/view/287/110> (dostęp: 29.05.2014 r.).

⁶³ S. Casey-Maslen, *op.cit.*, s. 69.

„chemicznych środków policyjnych”), a nawet pożądane, ponieważ broń ta pozwala prowadzić działania zbrojne w sposób bardziej humanitarny, znacząco zmniejszając ryzyko spowodowania ofiar śmiertelnych lub ciężko rannych. Jeśli jednak głębiej zastanowić się nad omawianym zagadnieniem, okazuje się, że odpowiedź na pytanie o prawne aspekty zastosowania broni nieśmiertelności na polu walki nie jest taka prosta⁶⁴. Przede wszystkim zwrócić należy uwagę na szerokie ujęcie „środków szkodenia nieprzyjacielowi” w świetle prawa humanitarnego i równie szeroko sformułowany zakaz dowolnego ich stosowania.

Już w Regulaminie haskim dotyczącym praw i zwyczajów wojny lądowej z 1907 r.⁶⁵ w art. 22 postanowiono, iż „strony wojujące nie mają nieograniczonego prawa wyboru środków szkodenia nieprzyjacielowi”. Podobnie w art. 35 PD I wyraźnie stwierdzono, iż „prawo stron konfliktu do doboru metod i środków prowadzenia wojny nie jest nieograniczone” (ust. 1) i że „zabronione jest stosowanie broni, pocisków i materiałów, a także metod prowadzenia wojny, które mogą powodować niepotrzebne cierpienia” (ust. 2). Zgodnie zaś z art. 51 PD I zabronione są ataki przy użyciu metod i środków walki, które naruszają zasadę rozróżniania.

Przytoczone postanowienia traktatowe znajdują odzwierciedlenie w zwyczajowym prawie humanitarnym, w świetle którego nie wolno stosować broni powodujących zbędne cierpienia lub nadmierne ranienia oraz broni, które z natury rzeczy nie czynią rozróżnienia między kombatantami i niekombatantami oraz między celami wojskowymi i dobrami o charakterze cywilnym⁶⁶. Skoro zatem omawiane nieśmiertelności wyposażenie, amunicję, materiały i urządzenia określa się mianem „broni”, nie można ich stosować w sposób dowolny i bez ograniczeń, ich użycie podlega bowiem zasadom i normom MPH, nawet jeśli dany rodzaj broni nie został objęty szczegółowymi przepisami traktatowego prawa humanitarnego⁶⁷. Pamiętać bowiem należy o klauzuli Martensa zawartej w art. 1 ust. 2 PD I, zgodnie z którą „w przypadkach **nie objętych niniejszym protokołem i innymi umowami międzynarodowymi** [podkr. aut.] osoby cywilne i kombatanci pozostają pod ochroną i władzą zasad prawa międzynarodowego wynikających z ustalonych zwyczajów, zasad humanizmu oraz wymagań powszechnego sumienia”⁶⁸.

⁶⁴ Por. D.P. Fidler, *The International...*, s. 66.

⁶⁵ Dz.U. z 1927 r., Nr 21, poz. 160.

⁶⁶ Zob. zasada 70 i zasada 71, [w:] J.-M. Henckaerts, *Studium poświęcone zwyczajowemu międzynarodowemu prawu humanitarnemu: wkład w zrozumienie i poszanowanie zasad prawa dotyczących konfliktu zbrojnego* (tłum. M. Sajkowski), Ośrodek Upowszechniania Międzynarodowego Prawa Humanitarnego przy Zarządzie Głównym PCK, Warszawa 2006, s. 37.

⁶⁷ Por. R. Bierzanek, *Wojna a prawo międzynarodowe*, Wydawnictwo MON, Warszawa 1982, s. 221.

Problem może jednak rodzić brak w prawie humanitarnym definicji „broni” oraz „metod i środków prowadzenia wojny”, skutkiem czego konieczne jest odwołanie się do odpowiedniej, racjonalnej interpretacji tych pojęć. W przypadku „broni” jest to stosunkowo proste – termin ten oznacza element wyposażenia (kombatanta) posiadający zdolności bojowe, które można wykorzystać przeciw celom wojskowym lub wrogim kombatantom⁶⁹. Trudniejszym zadaniem wydaje się zdefiniowanie „metod i środków prowadzenia wojny”, choć i w tym przypadku można odwołać się do prostych wyjaśnień – na przykład, według W. Boothby’ego, „środki prowadzenia wojny” to różne rodzaje broni i systemy broni, natomiast „metody prowadzenia wojny” oznaczają sposób, w jaki broń jest używana (bomba będzie zatem środkiem, a bombardowanie lotnicze metodą prowadzenia wojny)⁷⁰.

W istocie termin „broń” zawiera się w bardziej ogólnym pojęciu „środków prowadzenia wojny”, który powinien też obejmować „pociski i materiały” z art. 35 ust. 2 PD I, zaś „metody prowadzenia wojny” to sposób używania środków walki zgodnie z określoną koncepcją lub taktyką wojskową⁷¹. Dlatego w praktyce przyjęło się, by łącznie używać terminów „metody” i „środki”. W takim zatem rozumieniu „środki prowadzenia wojny” obejmują również te elementy wyposażenia, które – choć same w sobie nie są bronią – mają bezpośredni wpływ na zdolności militarne będących w ich posiadaniu sił zbrojnych. Za przykład posłużyć może pojazd do usuwania min. Z perspektywy prawa humanitarnego natura tego pojazdu nie budzi zastrzeżeń, można go jednak uznać za środek prowadzenia wojny, ponieważ wnosi bezpośredni wkład w zdolności bojowe sił zbrojnych⁷².

Powyższe rozważania skłaniają do wniosku, iż wszelkiego rodzaju sprzęt, amunicja i urządzenia określane wspólnym mianem „nieśmiertelnych” powinny być traktowane w świetle MPH jako „środki prowadzenia

⁶⁸ Klauzula Martensa znajduje się również w preambule do IV Konwencji haskiej dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej z 1907 r. oraz w preambule do Protokołu Dodatkowego II do konwencji genewskich dotyczących ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych z 1977 r. Szerzej na temat znaczenia tej klauzuli w międzynarodowym prawie humanitarnym – zob. m.in. A. Cassese, *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*, „European Journal of International Law” 2000, Vol. 11, № 1, s. 187–216; T. Meron, *The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*, „American Journal of International Law” 2000, Vol. 94, s. 78–89; M. Kałduński, *On the Martens Clause in International Law Today*, [w:] T. Jasudowicz, M. Balcerzak, J. Kapelańska-Pręgowska (red.), *Współczesne problemy praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego*, Wydawnictwo „Dom Organizatora” TNOiK, Toruń 2009, s. 295–313.

⁶⁹ J. McClelland, *The review of weapons in accordance with Article 36 of Additional Protocol I*, IRORC 2003, Vol. 85, № 850, s. 404.

⁷⁰ W. Boothby, *op.cit.*, s. 4.

⁷¹ H. Meyrowitz, *The principle of superfluous injury or unnecessary suffering: From the Declaration of St. Petersburg of 1868 to Additional Protocol I of 1977*, IRORC 1994, № 299, s. 103. Autor ten podkreśla jednak, że pojęcie „metoda prowadzenia wojny” jest niezależne od dopuszczalnego prawnie lub bezprawnego charakteru środków, przy pomocy których metoda ta jest realizowana (*ibidem*).

⁷² J. McClelland, *op.cit.*, s. 405.

wojny". Niewątpliwie bowiem broń nieśmiercionośna wzbogaca arsenał sił zbrojnych i daje im określone korzyści w walce i innych operacjach militarnych prowadzonych przeciw potencjalnym adwersarzom. Co więcej, broń nieśmiercionośna nie tylko zapewnia używającym jej oddziałom większą elastyczność w strefie działań zbrojnych, lecz może także stworzyć strategiczną i taktyczną przewagę poprzez rozwinięcie możliwości, jakie daje broń „śmiercionośna”, by skutecznie wypełniać realizowane misje⁷³.

Przy tym należy jednak pamiętać, że o wyborze i użyciu konkretnego rodzaju broni nie decyduje ogólna klasyfikacja środków walki, lecz takie czynniki, jak cel operacji militarnej, kontekst, w jakim jest ona realizowana, czy zasady i normy MPH regulujące prowadzenie działań zbrojnych⁷⁴. Co prawda obrażenia fizyczne zadawane bronią nieśmiercionośną mają zazwyczaj charakter tymczasowy, co rodzi przypuszczenie, że broń ta generalnie nie mogłaby spowodować takich ran, których zadawanie jest karalne w świetle MPH, broń nieśmiercionośna może być jednak użyta w sposób, który stanowiłby naruszenie MPH lub mógłby się przyczynić do takiego naruszenia. Tytułem przykładu omawiana broń mogłaby posłużyć do popełnienia takich zbrodni wojennych, jak tortury lub nieludzkie traktowanie, umyślne sprawianie wielkich cierpień albo ciężkich uszkodzeń ciała i zdrowia, zamierzone kierowanie ataków przeciwko ludności cywilnej bądź na obiekty cywilne, atakowanie bezbronnych miast, wsi, domów mieszkalnych i budowli nie będących celami wojskowymi, zabijanie lub zranienie nieprzyjaciela, który złożył broń lub nie mając środków obrony, zdał się na łaskę oraz stosowanie broni, która z natury rzeczy powoduje zbędne szkody lub nadmierne cierpienia bądź która może godzić bez rozróżnienia w cele wojskowe i w osoby cywilne lub w dobra o charakterze cywilnym⁷⁵. Stosowanie broni nieśmiercionośnej nie zwalnia zatem sił zbrojnych od odpowiedzialności za czyny uznawane za zbrodnie w prawie humanitarnym, bowiem z perspektywy tego prawa istotna jest nie nazwa danego środka walki, lecz to, jak w zamierzeniu środek ten ma zostać wykorzystany i jak faktycznie jest on używany na polu walki⁷⁶.

Generalną zasadą powinno być więc uwzględnianie i przestrzeganie – w odpowiednim zakresie – prawa międzynarodowego i krajowego w procesie rozwijania, wdrażania i stosowania technologii nieśmiercionośnych⁷⁷. Stanowisko to podzielają państwa członkowskie Sojuszu Północnoatlantyckiego

⁷³ D.P. Fidler, *The International...*, s. 58–59.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 63.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 91–92.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 92.

⁷⁷ Zob. S. Casey-Maslen, *op.cit.*, s. 16.

– w przytaczanym wyżej dokumencie *NATO Policy on Non-Lethal Weapons* stwierdzono, iż „badania i prace rozwojowe, nabywanie i wprowadzanie broni nieśmiertelności zawsze powinny pozostawać w zgodzie ze stosowanymi traktatami, konwencjami i prawem międzynarodowym, w szczególności prawem konfliktów zbrojnych, jak również z prawem krajowym i zatwierdzonymi zasadami użycia siły”⁷⁸. Z braku konkretnych uregulowań traktatowych w prawie humanitarnym prawną ocenę poszczególnych rodzajów broni nieśmiertelności przeprowadzać należy przede wszystkim w oparciu o podstawowe zasady MPH – zasadę rozróżniania, humanitaryzmu i proporcjonalności (z uwzględnieniem zasad dotyczących użycia siły przewidzianych w międzynarodowym prawie praw człowieka, zwłaszcza w przypadku operacji przeciwpowstańczych), powinno się również uwzględnić normy dotyczące ochrony środowiska naturalnego w czasie konfliktów zbrojnych, zaś w sferze badań i prac rozwojowych nad nowymi technologiami nieśmiertelności państwa je prowadzące powinny przestrzegać postanowień art. 36 PD I.

3.1. Broń nieśmiertelności a zasada rozróżniania

Zasada rozróżniania, będąca jedną z fundamentalnych zasad MPH, bywa uznawana za najważniejszą spośród nich i jako niezwykle ważny, z perspektywy historycznej i kulturowej, aspekt działań wojennych, stanowi nieodzowny składnik idei humanitaryzmu, dzięki czemu idea ta przenika do reguł prowadzenia wojny⁷⁹. Istota zasady rozróżniania polega bowiem na wyznaczeniu wyraźnej granicy między siłami zbrojnymi i objętymi ochroną osobami cywilnymi (szerzej zaś – między kombatantami i niekombatantami)⁸⁰ oraz między obiektami, które mogą stanowić dozwolony cel ataków, a obiektami, którym przysługuje ochrona przed atakami. Innymi słowy, zasada rozróżniania wprowadza dychotomiczny podział na kombatantów i niekombatantów oraz na cele wojskowe i obiekty cywilne – w prawie humanitarnym nie ma więc żadnych kategorii pośrednich.

⁷⁸ *NATO Policy...*, § III.12.

⁷⁹ Zob. K. Watkin, *Warriors without rights? Combatants, unprivileged belligerents, and the struggle over legitimacy*, HPCR Occasional Paper Series, Winter 2005, s. 8–9; G.D. Solis, *The Law of Armed Conflict. International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, New York 2010, s. 251. Zob. też *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of the International Court of Justice*, 8.07.1996 r., „ICJ Reports” 1996, s. 226, § 434.

⁸⁰ Pojęcie „niekombatant” jest szersze niż pojęcie „osoba cywilna” – każda osoba cywilna będzie oczywiście niekombatantem, ale do kategorii tej należą też np. członkowie sił zbrojnych, których funkcje nie polegają na prowadzeniu operacji wojskowych (np. sędziowie wojskowi). Tacy niekombatanci nie powinni brać udziału w działaniach zbrojnych, jednak w razie schwytania przez nieprzyjaciela przysługuje im status jeńca wojennego.

Zasada rozróżniania nie budzi wątpliwości na gruncie zwyczajowego MPH – strony konfliktu powinny bowiem zawsze rozróżniać osoby cywilne od kombatanów oraz dobra o charakterze cywilnym od celów wojskowych i kierować swe ataki jedynie przeciwko kombatanom i celom wojskowym, zabezpieczone są więc ataki skierowane przeciwko osobom i dobrom cywilnym⁸¹. Omawianą zasadę uwzględniono też w PD I – zgodnie z art. 48, „w celu zapewnienia poszanowania i ochrony ludności cywilnej oraz dóbr o charakterze cywilnym strony konfliktu powinny zawsze dokonywać rozróżnienia między ludnością cywilną a kombatanami oraz między dobrami o charakterze cywilnym a celami wojskowymi i w związku z tym kierować swoje operacje jedynie przeciwko celom wojskowym”. Ani ludność cywilna jako taka, ani osoby cywilne nie mogą być przedmiotem ataków (podobnie jak dobra o charakterze cywilnym), ataki powinny być zatem ściśle ograniczone do celów wojskowych. Należy też podjąć każdy wysiłek, aby uchronić ludność cywilną przed skutkami działań zbrojnych oraz przedsięwziąć wszelkie możliwe środki ostrożności celem uniknięcia strat w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych oraz szkód w dobrach o charakterze cywilnym⁸².

Biorąc pod uwagę fakt, że operacje militarne mogą być prowadzone jedynie przeciwko siłom zbrojnym i celom wojskowym należącym do nieprzyjaciela, kombatan ci są tą kategorią osób, której nie przysługuje ochrona przed bezpośrednim atakiem – przy czym zaznaczyć należy, że celem ataku mogą stać się też osoby cywilne bezpośrednio uczestniczące w działaniach zbrojnych, a także personel medyczny i duchowny oraz osoby wyłączone z walki, jeśli dopuszczają się działań „wrogich” lub „szkodliwych” dla nieprzyjaciela. Z zastrzeżeniem dodatkowych ograniczeń określonych w MPH, wobec takich osób można użyć siły w takim zakresie, w jakim jest to wymagane z uwagi na konieczność wojskową, przy zaistniałych okolicznościach, w danym miejscu i czasie⁸³. Jednak wspomnianym istotnym ograniczeniem użycia siły wobec kombatanów jest zakaz stosowania broni, pocisków i materiałów (jak również metod prowadzenia wojny), które mogą powodować niepotrzebne cierpienia⁸⁴ – innymi słowy, kombatan ci stanowią legalny cel ataku, który może zostać przeprowadzony przy użyciu broni nie powodującej niepotrzebnego cierpienia. Jeśli więc zastosowana wobec kombatanów broń nieśmiertelna spełnia powyższy warunek, jest dozwolona, niekoniecznie jednak musi ona zostać użyta, atakujący może bowiem zamiast niej

⁸¹ Zob. J.-M. Henckaerts, *op.cit.*, zasady 1–10, s. 30–31.

⁸² A. Szpak, *Bezpośredni udział w działaniach zbrojnych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*, Wydawnictwo „Dom Organizatora”, Toruń 2013, s. 30.

⁸³ N. Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 303.

⁸⁴ Zob. art. 35 ust. 2 PD I.

wybrać legalną broń śmiertelnością. Przy takim założeniu broń nieśmiertelnością stanowiłaby dodatkowy środek walki w arsenale dostępnym siłom zbrojnym.

Wprowadzony przez zasadę rozróżniania podział na kombatantów i nie-kombatantów (oraz na cele wojskowe i dobra cywilne) jest jednoznaczny, a zatem w świetle MPH ludność cywilna jako taka, jak też osoby cywilne, nie mogą być przedmiotem ataków. Ani prawo międzynarodowe, ani praktyka państw nie wskazują na to, by w przypadku konfliktów zbrojnych zakaz atakowania ludności cywilnej ograniczał się jedynie do ataków przeprowadzanych z użyciem broni śmiertelnej. Nieśmiertelność charakter broni nie zmienia więc reguły dotyczącej bezprawności wszelkich bezpośrednich ataków skierowanych przeciwko osobom i obiektom cywilnym (jeśli osoby te nie uczestniczą bezpośrednio w działaniach zbrojnych, a obiekty nie są wykorzystywane w celu wsparcia wysiłku wojennego), ponieważ MPH zabrania bezpośrednich ataków na te osoby i obiekty bez względu na rodzaj użytej broni⁸⁵.

W jaki sposób broń nieśmiertelność może naruszać zakaz atakowania ludności cywilnej? Jak podaje D. Fidler, podczas wojny w Zatoce Perskiej siły sprzymierzonych użyły nieśmiertelnej broni przeciwmaterialnej w celu uszkodzenia irackiego systemu energetycznego, by w ten sposób sparaliżować system dowodzenia i ochrony przeciwlotniczej⁸⁶. Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża raportował, że spowodowane tymi atakami braki i zakłócenia w dostawie energii elektrycznej ściągnęły na iracką ludność cywilną cierpienia w postaci chorób i innych nieprzyjemnych konsekwencji dla zdrowia⁸⁷. Trudno też pogodzić naturę niektórych rodzajów broni nieśmiertelnej z zasadą rozróżniania. Przykładowo jedyną potencjalną zaletą takich technologii, jak ta wykorzystana w Active Denial System, jest rozpędzenie tłumu składającego się z osób cywilnych. Takie zastosowanie ADS pozostaje jednak poza zakresem działań dozwolonych przez prawo humanitarne, gdyż kombatanci nie mają prawa kierować ataków – tak śmiertelnych, jak i nieśmiertelnych – przeciwko ludności cywilnej nie biorącej bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych⁸⁸. Zaklasyfikowanie danego rodzaju broni jako „nie-

⁸⁵ E. Massingham, *op.cit.*, s. 678.

⁸⁶ Do realizacji tego celu wykorzystano rakiety manewrujące Tomahawk, których głowice wypełniono zwojami włókien węglowych. Opadając na przewody elektryczne, transformatory i inne elementy infrastruktury energetycznej, włókna powodowały zwarcia i uszkodzenia. W zamierzeniu ataki te miały tylko czasowo wyłączyć system energetyczny, nie uzyskano jednak zadowalającego efektu i ostatecznie zbombardowano irackie elektrownie (L. Kulińska, *Wojna a technika – związki pomiędzy poziomem cywilizacyjnym a wojną*, [w:] R. Borkowski (red.), *Konflikty współczesnego świata*, część 2, Wydawnictwa AGH, Kraków 2002, s. 90).

⁸⁷ D.P. Fidler, *The International...*, s. 83.

⁸⁸ E. Massingham, *op.cit.*, s. 681–682.

śmiercionośnej” nie zwalnia jej zatem z kontroli przewidzianej zasadami i normami MPH.

Kolejnym równie istotnym aspektem omawianego zagadnienia jest fakt, że rozwój broni nieśmiercionośnej może zachęcić do częstszych ataków na ludność i obiekty cywilne, ponieważ siły zbrojne mogą uznać, że skoro celem użycia broni nieśmiercionośnej jest obezwładnienie bądź obniżenie morale osób cywilnych, a nie ich eliminacja, to takie ataki z użyciem tej broni są akceptowalne. Co więcej, w niektórych sytuacjach obezwładnienie lub rozprędkowanie osób cywilnych może ułatwić stronie walczącej zastosowanie wobec przeciwnika broni śmiercionośnej⁸⁹. Podkreślić jednak należy, że nawet jeśli użycie środków nieśmiercionośnych wobec osób cywilnych wydaje się rozwiązaniem „rozsądnym i właściwym”, w przypadku prowadzenia działań zbrojnych takie rozwiązanie nie wchodzi w rachubę⁹⁰. Być może wykorzystanie broni nieśmiercionośnej przeciwko ludności cywilnej zapewniłoby taktyczną przewagę wojskową w konflikcie zbrojnym, ale jednocześnie osłabiłoby moc obowiązującą zakazu dotyczącego atakowania tej ludności⁹¹.

Dla analizy prowadzonej z perspektywy prawa humanitarnego istotne jest również, czy za pomocą broni nieśmiercionośnej można przeprowadzać ataki, które ograniczają się wyłącznie do określonego celu wojskowego; innymi słowy, czy zastosowanie tej broni nie godzi jednocześnie w cele wojskowe i osoby lub dobra cywilne⁹². Broń wywołująca skutki o charakterze nieukierunkowanym jest bowiem zakazana, a każdy system broni powinien umożliwiać kontrolę nad nim w sposób pozwalający na kierowanie ataków przeciwko dozwolonym prawnie celom wojskowym⁹³. Broń nieśmiercionośna, która nie może zostać użyta w sposób ukierunkowany, a zatem nie pozwala na poszanowanie zasady rozróżniania, nie powinna być stosowana. Przykładowo jeśli użycie broni akustycznej w celu obezwładnienia sił zbrojnych przeciwnika powoduje także obezwładnienie ludności cywilnej, broń taka nie spełnia standardów MPH⁹⁴.

Zwolennicy stosowania broni nieśmiercionośnej mogą jednak argumentować, że jej nieukierunkowane działanie nie narusza MPH, ponieważ w zamierzeniu broń ta nie zabija, a skutki obezwładnienia osób cywilnych są krótkotrwałe. Innymi słowy, nieukierunkowane użycie broni nieśmierciono-

⁸⁹ D.P. Fidler, *The International...*, s. 83.

⁹⁰ E. Massingham, *op.cit.*, s. 682.

⁹¹ Por. D.P. Fidler, *The International...*, s. 84.

⁹² Zob. art. 51 ust. 4 PD I.

⁹³ NATO Research and Technology Organisation, *Non-Lethal Weapons and Future Peace Enforcement Operations*, RTO-TR-SAS-040, Annex C, December 2004, <https://www.cso.nato.int/pubs/rdp.asp?RDP=RTO-TR-SAS-040> (dostęp: 20.10.2014 r.).

⁹⁴ D.P. Fidler, *The International...*, s. 84.

śnej powoduje co prawda straty uboczne (*collateral damage*), lecz są one możliwe do przyjęcia. Inne rodzaje broni (jak np. bomby) użyte w sposób nieukierunkowany wywołują śmiertelne straty uboczne, o których zazwyczaj mówi się jako o tragicznych, lecz nie nielegalnych – jeśli więc akceptuje się takie śmiertelne straty uboczne, dlaczego nie traktować obezwładnienia jako uzasadnionego przypadku *collateral damage*⁹⁵?

Taki sposób rozumowania może jednak budzić niepokój – zdaniem D. Fidler, w przypadku użycia broni nieśmiertelności w sposób nieukierunkowany, deklarowany zamiar przeprowadzenia ataku wyłącznie na cele wojskowe jest pustym gestem, w rzeczywistości bowiem rozmyślnie atakowane są zarówno cele wojskowe, jak i obiekty cywilne. Zgoda na nieukierunkowane użycie broni nieśmiertelności tylko dlatego, że ludność cywilna potencjalnie narażona jest jedynie na obezwładnienie, a nie na śmierć, naruszyłaby istotę ochrony ludności cywilnej, jaką zapewnia MPH. Mniejszymi obawami napawa natomiast kwestia strat ubocznych wśród ludności cywilnej wynikających z ukierunkowanego użycia broni nieśmiertelności przewidzianej do stosowania tylko przeciwko siłom zbrojnym, praktyka dostarcza bowiem licznych przykładów śmiertelnych, lecz akceptowalnych strat ubocznych wśród osób cywilnych spowodowanych ukierunkowanymi atakami na dozwolone cele wojskowe przy użyciu broni konwencjonalnej⁹⁶.

Istnieje zatem realne prawdopodobieństwo, że dostępność, jako alternatywy, broni nieśmiertelności może przyczynić się do osłabienia zakazu dotyczącego atakowania osób cywilnych. Ryzyko takie istnieje szczególnie w sytuacji konfliktu z udziałem podmiotów niepaństwowych, ugrupowań partyzanckich, „terrorystów” oraz prywatnych firm wojskowych, stanowiących zagrożenie dla fundamentalnej zasady rozróżniania, gdyż granica oddzielająca kombatantów od osób cywilnych ulega zatarciu. Na współczesnym polu walki, gdzie coraz trudniej jest odróżnić walczących od osób nie zaangażowanych w walkę, zidentyfikować zagrożenia bądź określić, czy osoba cywilna utraciła swój status osoby chronionej na mocy MPH z powodu „bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych”, pokusa, aby najpierw obezwładnić przeciwnika po to, by móc zadawać pytania później, jest

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*. Szerzej na temat strat ubocznych będących konsekwencją działań zbrojnych – zob. np. B. Cronin, *Reckless endangerment warfare: Civilian casualties and the collateral damage exception in international humanitarian law*, „Journal of Peace Research” 2013, Vol. 50, No 2, s. 175–187; M. Drabik, *A Duty to Investigate Incidents Involving Collateral Damage and the United States Military's Practice*, „Minnesota Journal of International Law” 2013, Vol. 22, s. 15–34; S. Ghoshray, *When Does Collateral Damage Rise to the Level of a War Crime?: Expanding the Adequacy of Laws of War Against Contemporary Human Rights Discourse*, „Creighton Law Review” 2008, Vol. 41, s. 679–711; M. Sławiński, *Zjawisko collateral damage w działaniach lotnictwa*, „Zeszyty Naukowe Akademii Podlaskiej w Siedlcach” 2010, Nr 86, s. 171–194.

silniejsza niż wybór bardziej tradycyjnego podejścia „strzelaj od razu”, które raczej nie daje możliwości zadawania pytań po fakcie⁹⁷.

Powyższy dylemat może być zauważalny szczególnie w przypadku tzw. *counterinsurgency operations* (COIN), czyli operacji definiowanych jako „szeroko zakrojone działania wojskowe i cywilne podejmowane w celu stłumienia rebelii i likwidacji przyczyn jej powstania”⁹⁸. Z kolei „działania przeciwpartyzanckie” (*counter guerilla warfare*) to „działania i przedsięwzięcia prowadzone przez siły zbrojne, siły paramilitarne lub agencje niemilitarne, przeciwko partyzantom”⁹⁹. Jak wyjaśnia W. Więcek, *counterinsurgency* opiera się na połączeniu efektów działań politycznych, ekonomicznych, militarnych, paramilitarnych, psychologicznych, informacyjnych oraz organizacji pozarządowych, podejmowanych przez władze w celu unicestwienia określonego ruchu ideologicznego, zazwyczaj posiadającego ramię zbrojne, stosujące w walce taktykę partyzancką. Zatem działania przeciwpartyzanckie skierowane są przeciwko owemu zbrojnemu ramieniu, a ich istotą jest wykrycie i zniszczenie uzbrojonych rebeliantów¹⁰⁰.

Operacje typu COIN są niezwykle skomplikowanym rodzajem działań wojennych, gdzie naczelnym celem jest zdobycie zaufania ludności i zjednanie sobie społeczeństwa, dlatego też „ochrona, dobro i wsparcie ludności to kluczowe czynniki sukcesu”¹⁰¹. W ramach tych operacji, nakierowanych na „zdobywanie serc i umysłów” lokalnej ludności, może się okazać, że użycie siły czasem przynosi więcej szkody niż pożytku, a ryzyko negatywnych konsekwencji zastosowania broni nieśmiercionośnej może przeważać zakładane taktyczne korzyści płynące z jej użycia. Pamiętać ponadto należy, że specyfika współczesnych konfliktów zbrojnych w niczym nie zmienia zasady rozróżniania i nie zwalnia z zachowania środków ostrożności w czasie działań zbrojnych, jeśli zatem istnieją wątpliwości co do statusu osoby cywilnej i jej

⁹⁷ E. Massingham, *op.cit.*, s. 679.

⁹⁸ Zob. *Słownik terminów i definicji NATO – AAP-6 (2014)*, http://www.wcnjk.wp.mil.pl/plik/file/N_20130808_AAP6PL.pdf (dostęp: 10.09.2014 r.), s. 117.

⁹⁹ *Ibidem*. W publikacjach dotyczących COIN wydanych w języku polskim rzeczone operacje i działania nazywane są różnorodnie – najczęściej używa się określeń „przeciwpartyzanckie”, „przeciwrebelianckie” i „przeciwpowstańcze”, a osoby występujące zbrojnie przeciw państwu nazywa się – odpowiednio – „partyzantami”, „rebeliantami” i „powstańcami”. Dlatego w niniejszym artykule autor postanowił używać tych określeń zamiennie, choć, idąc za przykładem anglosaskim (powszechnie akceptowane określenia *insurgency* i *counterinsurgency*), warto byłoby w polskiej literaturze przedmiotu przyjąć jednolitą terminologię, np. „powstanie”, „powstańcy” i „działania/operacje przeciwpowstańcze”.

¹⁰⁰ W. Więcek, *Działania przeciwrebelianckie w operacjach – referat programowy*, [w:] W. Więcek (red.), *Działania przeciwrebelianckie w operacjach*, Wydawnictwo AON, Warszawa 2011, s. 12–13. Por. M. Marszałek, *Operacje reagowania kryzysowego NATO. Istota – Uwarunkowania – Planowanie*, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2013, s. 114–115.

¹⁰¹ U.S. Department of the Army, field Manual 3–24, *Counterinsurgency*, Pentagon, Washington D.C., 2006, § 159.

bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych, należy powstrzymać się od ataku, nawet jeśli użyta w nim miałaby być broń nieśmiertelna.

3.2. Broń nieśmiertelna a zakaz powodowania niepotrzebnego cierpienia

Kluczowym elementem operacji militarnych jest kierowanie ataków przeciw celom wojskowym nieprzyjaciela, w tym przeciw jego kombatantom, którzy w wyniku tych ataków mogą odnieść obrażenia powodujące cierpienie. Co prawda konieczność wojskowa uzasadnia zadawanie cierpienia żołnierzom przeciwnika, jednak usprawiedliwiony może być wyłącznie taki stopień cierpienia, który jest niezbędny, by spowodować, że przeciwnik się podda¹⁰².

Zgodnie z treścią Deklaracji petersburskiej z 1868 r. o zakazie używania małokalibrowych pocisków eksplodujących¹⁰³, „jedynym uprawnionym celem, jaki państwa winny sobie postawić w czasie wojny, jest osłabienie sił zbrojnych nieprzyjaciela”. W tym celu „wystarczy możliwie największą liczbę ludzi uczynić niezdolnymi do walki”, a „poza ten cel prowadziłyby używanie broni, która by niepotrzebnie zwiększała cierpienia ludzi już niezdolnych do walki albo spowodowała z konieczności ich śmierć, a więc używanie podobnej broni byłoby sprzeczne z prawami ludzkości”. Oczywiście każda broń, by spełnić swój cel, „musi powodować u przeciwnika pewien poziom cierpienia, który uczyni go niezdolnym do działań zbrojnych, bądź zmusi do odstąpienia od nich”¹⁰⁴, nie mogą być to jednak takie rodzaje broni, które zawierają w swojej konstrukcji dodatkowe elementy zwiększające poziom obrażeń u dotkniętej ich działaniem osoby lub które niejako z definicji są bronią okrutną¹⁰⁵.

Zakaz powodowania niepotrzebnego cierpienia, stanowiący swoisty aspekt humanitaryzmu służący ochronie kombatantów, zawarty został również w art. 22 Regulaminu haskiego z 1907 r. oraz w art. 35 ust. 2 PD I. Zasadnicze znaczenie ma tu zwrot „niepotrzebne cierpienie”, które – zdaniem Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości – oznacza „cierpienie większe niż to, którego nie da się uniknąć, by osiągnąć prawnie uzasadniony cel wojskowy”¹⁰⁶. Jednak sformułowanie kryteriów pozwalających w praktyce ocenić, czym jest „niepotrzebne cierpienie”, rodzi spore trudności. Przykła-

¹⁰² Zob. G. Corn, *International and Operational Law Note: Principle 4: Preventing Unnecessary Suffering*, „The Army Lawyer”, November 1998, s. 50.

¹⁰³ Tekst Deklaracji – zob. K. Lankosz (oprac.), *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Wybór dokumentów*, Wyższa Szkoła Administracji, Bielsko-Biała 2007, s. 11.

¹⁰⁴ M. Zeligowski, *op.cit.*, s. 164.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Legality of the Threat...*, § 78.

dowo, Sojusz Północnoatlantycki wyraźnie zaznacza, że „niepotrzebne cierpienie” nie zostało dotychczas zdefiniowane w prawie międzynarodowym, choć prawo humanitarne, regulując prowadzenie działań zbrojnych, dopuszcza zadawanie cierpienia na polu walki, zakazane jest jednak powodowanie cierpienia nieproporcjonalnego w stosunku do oczekiwanego celu wojkowego¹⁰⁷. Próbę zdefiniowania „nadmiernych obrażeń” i „zbędnych cierpień” podjął natomiast Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża (MKCK), w ramach projektu SIrUS (akronim angielskiego sformułowania Superfluous Injury or Unnecessary Suffering), realizowanego w latach 1996–2001¹⁰⁸. Bazując przede wszystkim na wiedzy medycznej oraz przyjmując założenie, że w przypadku broni powodujących wspomniane obrażenia i cierpienie nadzędne znaczenie mają skutki użycia tej broni wynikające z jej przeznaczenia, nie zaś ze sposobu użycia, typu czy technologii, eksperci MKCK przyjęli cztery kryteria pozwalające określić, jakie skutki użycia danej broni uznać można za „nadmierne obrażenia lub zbędne cierpienia” – są to kolejno:

- specyficzna choroba, specyficzny nieprawidłowy stan fizjologiczny, specyficzny nieprawidłowy stan psychologiczny, specyficzne i trwałe kalectwo lub specyficzne oszpecenie;
- współczynnik śmiertelności na polu walki przekraczający 25% lub współczynnik śmiertelności w szpitalu przekraczający 5%;
- odniesione rany kwalifikowane jako obrażenia 3. stopnia według klasyfikacji obrażeń przyjętej przez MKCK¹⁰⁹;
- skutki użycia broni, w stosunku do których nie można zastosować znanych i sprawdzonych metod leczenia.

Projekt spotkał się jednak z ostrą krytyką ze strony zarówno środowiska wojskowego, jak i prawników oraz ekspertów z zakresu nauk medycznych – zarzucano mu m.in. niepraktyczność i jednowymiarowość (uwzględnienie jedynie danych medycznych), a także niemal całkowity brak odniesienia do zasady konieczności wojskowej. Tymczasem bez określenia co jest konieczne z militarnego punktu widzenia, nie można ustalić, czy obrażenia są nadmierne albo czy cierpienia są zbędne¹¹⁰. Zbagatelizowanie zasady konieczności wojskowej uznano za decyzję pozostającą w całkowitej sprzeczności

¹⁰⁷ Zob. NATO Research and Technology Organisation, *op.cit.*, Annex C.

¹⁰⁸ R.M. Coupland (red.), *The SIrUS Project: Towards a determination of which weapons cause „superfluous injury or unnecessary suffering”*, International Committee of the Red Cross, Geneva 1997. Raport ten został opublikowany przez R. Couplanda w książce pod red. H. Durham i T. L. H. McCormack pt. *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston 1999.

¹⁰⁹ Obrażenia 3. stopnia według klasyfikacji obrażeń MKCK oznaczają ranę skóry wielkości 10 cm lub większą, charakteryzującą się wgłębieniem. Przykładowo, rana spowodowana pociskiem dum-dum zazwyczaj spełnia te warunki.

¹¹⁰ J. McClelland, *op.cit.*, s. 400.

z międzynarodową praktyką państw¹¹¹, można się jednak zgodzić z wyrażonym przez ekspertów MKCK poglądem, iż daną broń uważać należy za powodującą „nadmierne obrażenia lub zbędne cierpienia”, jeśli jej przeznaczeniem jest powodowanie takich skutków i można spodziewać się, że takie właśnie skutki wywoła¹¹².

W przypadku broni nieśmiertelności na pozór wydawać by się mogło, że nie budzi ona zastrzeżeń w świetle MPH choćby dlatego, że obezwładnienie wroga jest bardziej humanitarne niż jego zabicie. Pojawiają się więc argumenty, iż broń nieśmiertelności pozostaje bardziej w zgodzie z MPH niż większość broni konwencjonalnej używanej obecnie przez siły zbrojne¹¹³. Poza tym zamierzone oddziaływanie broni nieśmiertelności jest krótkotrwałe. Dla pełnego poszanowania prawa humanitarnego istotne jest jednak, by zakaz powodowania niepotrzebnego cierpienia odnosić również do broni nieśmiertelności, nie można bowiem założyć, że użycie takiej broni zawsze prowadzi do tymczasowego obezwładnienia przeciwnika¹¹⁴. Niektóre rodzaje broni nieśmiertelności, jak oślepiająca broń laserowa, zostały już zresztą zakazane z uwagi na powodowanie niepotrzebnego cierpienia, które zresztą nie jest tymczasowe – utrata wzroku u ofiary po użyciu takiego lasera ma charakter trwały i nieodwracalny. Należy także mieć na względzie fakt, że negatywne skutki zdrowotne wywoływane przez wiele rodzajów broni nieśmiertelności pozostają nieznanne. Przy opracowywaniu technologii broni nieśmiertelności należałoby zatem uwzględnić wspomniany zakaz aby zagwarantować, że fizyczne skutki wywołane daną bronią nie są poważne bądź permanentne¹¹⁵.

Co istotne, wiele rodzajów broni nieśmiertelności pozostających poza kręgiem tradycyjnej broni funkcjonuje jako środki stosowane w celu zminimalizowania liczby niepotrzebnych ofiar działań zbrojnych. Jako przykład może tu posłużyć użycie dźwiękowego systemu komunikacji na odległość (Acousting Hailing Device – AHD) z funkcją translacji językowej pozwalającej oddziałom porozumiewać się na odległość z potencjalnym przeciwnikiem. System ten ułatwia przestrzeganie zasady rozróżniania i umożliwia uniknięcie użycia siły, jeśli dana osoba nie ma wrogich zamiarów. Jednakże nawet jeśli AHD i tym podobne urządzenia spełniają kryteria pozwalające zaliczyć je do kategorii broni (w zakresie, w jakim umożliwiają obezwładnienie wroga, gdy zostaną

¹¹¹ D.M. Verchio, *Just say no! The SIrUS Project: well-intentioned, but unnecessary and superfluous*, „Air Force Law Review” 2001, Vol. 51, s. 183.

¹¹² Zob. R. M. Coupland, P. Herby, *Review of the legality of weapons: a new approach. The SIrUS Project*, IRoRC 1999, № 835, <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JQ36> (dostęp: 11.07.2014 r.).

¹¹³ D.P. Fidler, *The International...*, s. 59.

¹¹⁴ *Ibidem*, s. 86.

¹¹⁵ *Ibidem*.

użyte jako urządzenia nieśmiertelne wysyłające ciśnienie akustyczne nie-
możliwe do zniesienia przez człowieka bez stosownej ochrony, np. nauszni-
ków, a nawet narażające na utratę słuchu), urządzenia te wydają się dość nie-
szkodliwe w zestawieniu z niektórymi bardziej niepokojącymi projektami
w zakresie technologii nieśmiertelnej opracowywanymi dla potrzeb woj-
skowych. Do tej ostatniej kategorii zalicza się omówiony wyżej ADS – broń
stosowaną jedynie w celu rozpraszania tłumu bądź utrzymania nad nim kon-
troli; ADS ma więc raczej ograniczone zastosowanie w sytuacji wojny¹¹⁶.

Kolejną istotną kwestią związaną z zakazem powodowania niepotrzebnego
cierpienia jest potencjalna możliwość regulowania mocy (zakresu oddziaływa-
nia) niektórych rodzajów broni nieśmiertelnej. Dla planistów wojskowych
ważne jest, by broń można było „dostroić”, dopasować do aktualnych wyma-
gań i pozwolić żołnierzom wybierać między amunicją „śmiertelną” i „nie-
śmiertelną”. Niektóre rodzaje broni laserowej, dźwiękowej, mikrofalowej
czy elektromagnetycznej mogą być regulowane, pozwalając operatorowi
zwiększać bądź zmniejszać fizyczne efekty broni wywierane na oddziałach
przeciwnika. Owa możliwość regulowania mocy broni jest zagadnieniem no-
wym dla MPH, ponieważ dotychczas fizyczne efekty tradycyjnej broni nie
dały się korygować, jak w przypadku broni laserowej, mikrofalowej, dźwięko-
wej czy elektromagnetycznej. Omawiana cecha broni nieśmiertelnej rodzi
jednak obawy z uwagi na fakt, że z militarnego punktu widzenia im więcej
oddziałów wroga uda się obezwładnić, tym lepiej – jedynie częściowe obez-
władnienie sił przeciwnika może nie wystarczyć do osiągnięcia celów danej
operacji zbrojnej. Obezwładnienie na szerszą skalę może się natomiast wiązać
ze zwiększeniem ryzyka spowodowania niepotrzebnego cierpienia. Zatem
broń, której moc daje się regulować, można wykorzystać na poziomach odpo-
wiadających potrzebom i korzyściom wojskowym, choć prawdopodobnie
z uszczerbkiem dla zasad humanitarnych¹¹⁷.

Koncepcja stosowania broni nieśmiertelnej na polu walki pozostanie
jednak w kręgu zainteresowania nie tylko wojskowych, lecz także polity-
ków, bowiem jest „politycznie poprawna” – rozmywa kwestię potencjalnej
śmiertelności samej broni i stwarza pozory bardziej „przyjaznej” i „ła-
godnej” wojny. Dlatego koncepcja ta może być dla państw atrakcyjna
z uwagi na tzw. „efekt CNN”, czyli wpływ przekazu medialnego (szcze-
gólnie telewizji i prasy), opisującego kryzys humanitarny, na podejmowane
przez rządzących decyzje polityczne, m.in. dotyczące polityki zagranicznej.
„Efekt CNN” może ponadto stanowić istotny czynnik kształtujący opinię

¹¹⁶ E. Massingham, *op.cit.*, s. 677–678.

¹¹⁷ D.P. Fidler, *The International...*, s. 87–88.

publiczną¹¹⁸. Ludzie mieszkający w stabilnych i gwarantujących pokój państwach demokratycznych najczęściej czują odrazę, widząc transmitowane przez telewizję sceny wojenne pełne agresji, zniszczenia i śmierci, wywołane przez broń śmiercionośną w rejonach dotkniętych konfliktami zbrojnymi¹¹⁹. Żaden rząd z pewnością nie chce, by takie sceny pojawiały się w mediach i wolałby uniknąć tego typu rozgłosu. Jeśli więc przywódcy polityczni uwierzą, że broń nieśmiercionośna pozwoli im przeprowadzić operację wojskową bez „efektu CNN” i bez narażania się na krytykę społeczeństwa, mogą skłaniać się do siłowego rozwiązywania kryzysów humanitarnych (z użyciem technologii nieśmiercionośnych), rezygnując ze środków dyplomatycznych bądź odsuwając je na dalszy plan. Co więcej, jeśli siły zbrojne danego państwa są wyposażone w broń nieśmiercionośną, dochodzić może do obniżenia wymogów jej użycia, ponieważ jest ona traktowana jako broń „bezpieczna”¹²⁰.

Nie należy się jednak spodziewać, że wyposażenie współczesnych lub przyszłych armii składać się będzie wyłącznie z broni nieśmiercionośnej; posiadanie tej broni nie powinno też szczególnie zmienić metod i form działania prowadzących do realizacji celów wojskowych¹²¹. Broń nieśmiercionośna ma bowiem stanowić uzupełnienie broni śmiercionośnej i zwiększać jej efektywność, dowódcy zaś mogą próbować łączyć właściwości obu rodzajów broni, by skuteczniej zwalczać przeciwnika¹²². Siły zbrojne postrzegają więc obezwładnienie przy pomocy broni nieśmiercionośnej jako środek służący zwiększeniu oddziaływania broni śmiercionośnej. Przyjęta taktyka może polegać najpierw na zaatakowaniu oddziałów przeciwnika przy użyciu broni nieśmiercionośnej, a następnie kontynuowaniu tego ataku przy pomocy siły śmiercionośnej. Taka kombinowana taktyka mogłaby zmaksymalizować bo-

¹¹⁸ Zob. W. Rodak, *Efekt CNN: wpływ mediów na interwencje zbrojne Stanów Zjednoczonych w Afganistanie, na Haiti i w Liberii*, „FEPS Working Papers” 2008, Nr 8, <http://feps.pl/sites/default/files/Efekt%20CNN%2008-2008.pdf> (dostęp: 12.10.2014 r.).

¹¹⁹ D.P. Fidler, *The International...*, s. 60.

¹²⁰ Zob. S. Casey-Maslen, *op.cit.*, s. 11.

¹²¹ D.P. Fidler, *The International...*, s. 66–67. Tytułem przykładu, Sojusz Północnoatlantycki wyraźnie zaznacza, że ani dostęp, ani faktyczne posiadanie, ani potencjalny efekt broni nieśmiercionośnej nie nakłada obowiązku użycia tej broni, nie ustanawia też wyższych standardów ani dodatkowych ograniczeń na używanie broni śmiercionośnej. W każdej sytuacji siły NATO zachowują możliwość natychmiastowego użycia broni śmiercionośnej, z poszanowaniem obowiązującego prawa krajowego i międzynarodowego oraz zatwierdzonych zasad użycia siły (zob. *NATO Policy...*, § III.7). Jak zauważa E. Massingham, „w interesie dowódcy nie zawsze leży zastosowanie broni nieśmiercionośnej, jeśli broń śmiercionośna spełnia wymagania międzynarodowego prawa humanitarnego. [...] Uwzględniając okoliczności zaistniałe w danym czasie, broń nieśmiercionośna może, ale nie musi być właściwym i legalnym środkiem w celu zneutralizowania przeciwnika” (E. Massingham, *op.cit.*, s. 677).

¹²² D.P. Fidler, *The International...*, s. 59. Przykładowo, dla Sojuszu Północnoatlantyckiego broń nieśmiercionośna stanowi uzupełnienie pozostających w dyspozycji sił NATO systemów broni konwencjonalnej (zob. *NATO Policy...*, § III.4).

jowe oddziaływanie na przeciwnika, jednocześnie ograniczając straty we własnych szeregach¹²³. Trudno zatem określić, czy posiadanie i stosowanie broni nieśmiercionośnej czyni wojnę bardziej „humanitarną”, nie ma jednak wątpliwości, że przestrzeganie zakazu powodowania niepotrzebnego cierpienia dotyczy również sytuacji, gdy podczas konfliktu zbrojnego strona wojująca zdecyduje się na zastosowanie którejkolwiek z technologii broni nieśmiercionośnej.

Omawiana ochrona przed niepotrzebnym cierpieniem obejmuje kombatanów prowadzących działania zbrojne, chodzi zatem o ograniczenie zadawanego cierpienia podczas walki. W sytuacji, gdy kombatan przestaje walczyć z powodu odniesionych ran, bądź gdy staje się rozbitkiem albo jeńcem, zdając się na łaskę nieprzyjaciela, wówczas – jako osobie wyłączonej z walki (*hors de combat*) – przysługuje mu ochrona przed atakiem (pod warunkiem, że powstrzymuje się od działań wrogich i nie próbuje uciekać)¹²⁴. Zgodnie z MPH, w momencie, gdy kombatan (bądź inna osoba walcząca) zostaje wyeliminowany z walki i jest niezdolny do pełnienia funkcji bojowych wskutek odniesionych obrażeń, obezwładnienia bądź z powodu poddania się, oddział wojskowy, pod ochroną którego znajduje się dana osoba, powinien zadbać o właściwą opiekę i ochronę¹²⁵.

Osobą wyłączoną z walki można stać się również w wyniku ataku przy pomocy broni nieśmiercionośnej, która może oślepić, ogłuszyć, pozbawić przytomności lub w inny sposób skutecznie obezwładnić¹²⁶. Problem w tym, jak rozpoznać, że obezwładniony nieprzyjaciel został wyeliminowany z walki, nie wiadomo też, jak obezwładniony wróg ma zasygnalizować chęć poddania się. Znalezienie odpowiedzi na te pytania może być nawet trudniejsze niż w przypadku, gdy przeciwnik odniesie obrażenia wskutek użycia bardziej tradycyjnych środków walki. Przykładowo, jeśli przeciwnik zostanie zaatakowany bronią usypiającą, jego obezwładnienie może nie być od razu rozpoznawalne i oczywiste dla innych. Wróg uspiony uznany jest za wyeliminowanego (niezdolnego do walki), co nie powinno budzić wątpliwości¹²⁷. W sensie ogólnym jednak, jaki stopień obezwładnienia jest konieczny, by uznać kombatanta za osobę wyłączoną z walki? Poza tym w środku bitwy trudno jest określić, czy wrogi żołnierz stał się *hors de combat* w wyniku zastosowania broni nieśmiercionośnej, czy „tradycyjnej”, zwłaszcza że w prak-

¹²³ D.P. Fidler, *The International...*, s. 86.

¹²⁴ S. Casey-Maslen, *op.cit.*, s. 21.

¹²⁵ E. Massingham, *op.cit.*, s. 677.

¹²⁶ Zob. S. Casey-Maslen, *op.cit.*, s. 21.

¹²⁷ E. Massingham, *op.cit.*, s. 677.

tyce może on nadal stanowić zagrożenie dla swojego przeciwnika, podobnie jak żołnierz ranny bronią śmiertelnością¹²⁸.

W przeciwieństwie jednak do ran zadanych bronią śmiertelnością, obezwładnienie będące efektem zastosowania broni nieśmiertelności jest tymczasowe, problemem jest zatem nie tylko określenie, czy osoba obezwładniona jest wyłączona z walki, lecz także ustalenie, jak zneutralizować taką osobę, zanim minie okres obezwładnienia. Żołnierze musieliby więc zrezygnować z realizacji wyznaczonego zadania bojowego, by przetransportować obezwładnionego wrogiego kombatanta poza strefę działań wojennych. W trakcie prowadzenia działań zbrojnych taka akcja mogłaby być niewykonalna. Żołnierze biorący udział w walce mieliby wówczas do wyboru: albo zaatakować obezwładnionych przeciwników, albo czekać, aż ci „otrząsną się” z efektów zastosowania broni nieśmiertelności i wrócą do walki. Postawieni przed takim wyborem żołnierze najprawdopodobniej zignorowaliby reguły dotyczące ochrony przysługującej *hors de combat*¹²⁹.

Jeśli jednak wobec osób obezwładnionych nie użyto by siły, pojawia się kolejne pytanie: jak traktować obezwładnioną bronią nieśmiertelnością – czy w świetle MPH obezwładniony kombatant jest ranny bądź chory? Biorąc pod uwagę nacisk, jaki kładzie MPH na humanitarne traktowanie osób wyłączonych z walki, należałoby przyjąć, że osobom takim przysługuje prawo do opieki i ochrony, zatem siły zbrojne stosujące broń nieśmiertelności powinny szkolić swoich żołnierzy w udzielaniu pomocy osobom obezwładnionym tą bronią. Być może z perspektywy prawa humanitarnego obowiązek ten nie wydaje się trudny do wypełnienia, w istocie jednak mogą nastąpić praktyczne problemy z jego realizacją, oddziały przygotowujące się do walki musiałyby bowiem dodatkowo przechodzić szkolenia z zakresu udzielania pomocy osobom obezwładnionym bronią nieśmiertelnością¹³⁰. Z drugiej strony, skoro wykorzystanie niektórych nieśmiertelnych środków walki wymaga specjalistycznego szkolenia, treningów w różnych sytuacjach i odpowiedniego zabezpieczenia¹³¹, równie dobrze w ramach takich szkoleń i treningów można przygotowywać żołnierzy do niesienia pomocy w sytuacjach, gdy niezdolność do walki w postaci obezwładnienia jest efektem zastosowania broni nieśmiertelności.

¹²⁸ D.P. Fidler, *The International...*, s. 85.

¹²⁹ *Ibidem*, s. 85–86.

¹³⁰ *Ibidem*, s. 85.

¹³¹ Zob. A. Ziemiński, *op.cit.*, s. 131.

3.3. Broń nieśmiercionośna a zasada proporcjonalności

Zasada proporcjonalności, jako jedna z naczelných zasad międzynarodowego prawa humanitarnego, stanowi próbę zbalansowania pozostających ze sobą często w konflikcie interesów wojskowych i humanitarnych i jest jednocześnie mocno powiązana z ograniczaniem przypadkowych szkód powstałych w wyniku operacji militarnych¹³². W traktatowym MPH zasada ta wyrażona została w PD I, przede wszystkim w art. 51 ust. 5 lit. (b), zgodnie z którym „zabrania się dokonywania ataków, co do których można przypuszczać, że spowodują niezamierzone straty wśród ludności cywilnej, ranienie osób cywilnych, szkody w dobrach o charakterze cywilnym lub takie straty i szkody łącznie nadmierne w porównaniu z oczekiwaną konkretną i bezpośrednią korzyścią wojskową”. Przestrzegania zasady proporcjonalności wymaga się również w art. 57 ust. 2 lit. (a) p. (iii) Protokołu – strony walczące powinny „powstrzymać się od podjęcia ataku, który mógłby spowodować niezamierzone straty w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienie osób cywilnych, szkody w dobrach o charakterze cywilnym lub takie straty i szkody łącznie, których rozmiary byłyby nadmierne do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej”. Zgodnie zaś z art. 57 ust. 2 lit. (b), strony wojujące mają obowiązek „odstąpić od ataku lub go przerwać, gdy okaże się, że jego cel nie ma charakteru wojskowego lub korzysta ze szczególnej ochrony albo że można oczekiwać, iż wywoła on niezamierzone straty w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych lub szkody w dobrach o charakterze cywilnym albo takie straty i szkody łącznie, których rozmiary byłyby nadmierne w stosunku do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej”. Artykuł 57 określa zatem sposób postępowania pozwalający na realizację zobowiązań wynikających z treści art. 51.

Zasada proporcjonalności wyrażona w PD I ma wiążący charakter również na gruncie zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego, dlatego znajduje zastosowanie także w przypadku niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych¹³³. Jej zwyczajowy charakter w prawie międzynarodowym potwierdził Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, który w opinii doradczej w sprawie legalności groźby lub użycia broni jądrowej stwierdził, iż podstawowe zasady międzynarodowego prawa humanitarnego stanowią „nieprzekraczalne zasady” (*intransgressible principles*) międzynarodowego prawa zwyczajowego¹³⁴.

¹³² A.P.V. Rogers, *Law on the Battlefield*, 2nd edition, Manchester University Press, Manchester 2004, s. 17.

¹³³ Zob. zasada 14 i zasada 15, [w:] J.-M. Henckaerts, *op.cit.*, s. 31.

¹³⁴ *Legality of the Threat...*, § 79.

W przypadku ataku na cel wojskowy może zatem dojść do negatywnych konsekwencji dla osób cywilnych (np. do ranienia osób cywilnych), działania te nie są jednak zakazane, o ile spodziewane straty nie są nadmierne w stosunku do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej. Oczywiście nie zmienia to zakazu atakowania osób cywilnych, jednak przypadki powodowania strat wśród ludności cywilnej i w dobrach o charakterze cywilnym niekoniecznie muszą być bezprawne¹³⁵. Innymi słowy, działania zbrojne, które negatywnie oddziałują na ludność i obiekty cywilne, można uznać za legalne pod warunkiem, że działania te nie są nadmierne w stosunku do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej¹³⁶.

W kwestii środków walki, w wielu przypadkach natura określonej broni pozwala użyć jej z poszanowaniem zasady rozróżniania – czyli jej użycie nie zawsze będzie bezprawne. Z kolei do stwierdzenia, czy w trakcie ataku na cel wojskowy dana broń nie wyrządzi przypadkowych strat i szkód wśród osób i dóbr chronionych, służy dowódcom właśnie ocena proporcjonalności ataku¹³⁷. Tym samym użycie broni nieśmiertelności może w pewnych sytuacjach być właściwym wyborem, gdy zgodny z prawem atak może spowodować niepotrzebne straty wśród ludności cywilnej i w obiektach o charakterze cywilnym, a dzięki broni nieśmiertelności prawdopodobnie tych strat się uniknie. Dobrym przykładem mogą być tu tzw. żywe tarcze. Pomimo faktu, że w świetle MPH osoby cywilne nie mogą stanowić bezpośredniego celu ataku, w sytuacji, gdy osoby te wykorzystywane są – celowo bądź nie – jako swoista osłona celów wojskowych i gdy ocena proporcjonalności pozwala na przeprowadzenie ataku, śmierć lub obrażenia tych osób mogą zostać uznane za nieuniknione, pod warunkiem jednak, że podjęto wymagane prawem środki ostrożności. W takiej sytuacji, atak z użyciem broni nieśmiertelności, który skutkowałby rozproszeniem lub zneutralizowaniem żywych tarcz, prawdopodobnie zostałby potraktowany jako uzasadnione i właściwie zastosowanie tej broni¹³⁸.

Warto przy okazji zwrócić uwagę na zasadę proporcjonalności w odniesieniu do działań bojowych w ramach wspomnianych wyżej operacji typu COIN, w których oceniana korzyść wojskowa nie polega na tym, ilu partyzantów zostanie zabitych bądź schwytanych, ale którzy to będą¹³⁹. W kontekście COIN ataki przeciwko pojedynczym partyzantom powinny być zatem

¹³⁵ E. Massingham, *op.cit.*, s. 676.

¹³⁶ *Ibidem*, s. 678.

¹³⁷ S. Casey-Maslen, *op.cit.*, s. 18–19.

¹³⁸ E. Massingham, *op.cit.*, s. 683.

¹³⁹ Zob. J.D. Wright, 'Excessive' ambiguity: analysing and refining the proportionality standard, IRoRC 2012, Vol. 94, No 886, s. 845.

proporcjonalnie równoważone przez: „liczbę zabitych osób cywilnych i zniszczonych obiektów [...] mierzonych względem wielkości szkód, których mógłby dopuścić się partyzant będący celem ataku, gdyby pozwolono mu uciec”¹⁴⁰. Korzyść wojskową można pomniejszyć w przypadku stosunkowo mało znaczącego partyzanta, ale wówczas „zasada proporcjonalności wymaga od kombatantów zaniechania poważnych akcji lub szukania niebojowych środków prowadzenia walki”¹⁴¹. Być może w takich przypadkach najlepiej sprawdziłyby się technologie nieśmiercionośne, bowiem siła śmiercionośna powodująca niepotrzebne cierpienie lub śmierć osób niezaangażowanych w walkę może wywoływać większy opór ludności cywilnej i wzrost popularności partyzantów, w szczególności jeśli ludność przekona się, że siła ta jest stosowana z naruszeniem zasady rozróżniania¹⁴².

Większość dowódców wojskowych, czy to ze względów humanitarnych, praktycznych, z uwagi na profesjonalizm, czy aby „zdobyć serca i umysły” ludzi, mimo wszystko będzie dążyć do zneutralizowania przeciwnika w sposób gwarantujący możliwie najmniejsze straty i zniszczenia cywilne. Z uwagi jednak na charakter skutków, które powoduje broń nieśmiercionośna, dokonana przez dowódców ocena proporcjonalności może przechylić szalę na rzecz przeprowadzenia ataku, ponieważ wspomniane skutki użycia omawianej broni zostaną uznane za mniej znaczące¹⁴³. Jak podkreśla Ch. Mayer, jest tak szczególnie wówczas, gdy użycie tej broni przeciwko niekombatantom może niekiedy faktycznie uratować życie tych osób¹⁴⁴. Jednakże pogląd ten nie uwzględnia nieznanych aspektów zastosowania broni nieśmiercionośnej, takich jak fakt, że dany rodzaj tej broni może wywoływać skutki śmiertelne w przypadku konkretnej osoby lub grupy osób bądź może powodować długotrwałe konsekwencje zdrowotne u tych, przeciwko którym jej użyto¹⁴⁵.

3.4. Broń nieśmiercionośna a ochrona środowiska naturalnego w konfliktach zbrojnych

Poza ochroną *hors de combat*, osób cywilnych i ludności cywilnej oraz dóbr i obiektów o charakterze cywilnym, w świetle zasad i norm MPH istotnej oraz szerokiej ochronie przed atakami podlega również środowisko naturalne. Dzieje się tak od lat 70. XX wieku za sprawą traktatów międzynaro-

¹⁴⁰ US Department of the Army, Field Manual 3-24, *op.cit.*, § 7-32.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² J.D. Wright, *op.cit.*, s. 846.

¹⁴³ E. Massingham, *op.cit.*, s. 678.

¹⁴⁴ Ch. Mayer, *Nonlethal Weapons and Noncombatant Immunity: Is it Permissible to Target Noncombatants?*, „Journal of Military Ethics” 2007, Vol. 6, № 3, s. 221.

¹⁴⁵ E. Massingham, *op.cit.*, s. 678-679. Jak stwierdził niegdyś amerykański generał Wayne A. Downing, „możemy zaprojektować pocisk, który nie zabije dorosłego mężczyzny, ale zabije dziecko lub osobę, która jest nieodłączna, chora albo w podeszłym wieku” (cyt. za: V. Sautenet, *op.cit.*).

wych poświęconych kwestii ochrony środowiska w czasie wojny. Co prawda obowiązujące obecnie postanowienia MPH koncentrują się głównie na ochronie środowiska jako sposobie ochrony ludzi, to jednak znaleźć w nich można zamiar ochrony środowiska jako cel sam w sobie. Co więcej, praktyka państw coraz wyraźniej wskazuje na potrzebę ochrony środowiska podczas konfliktów zbrojnych¹⁴⁶.

Kwestia ochrony środowiska naturalnego jako czynnik, który powinien być brany pod uwagę przy ocenie legalności stosowania broni nieśmiertelności na polu walki, wynika przede wszystkim z uregulowań zawartych w Konwencji z 18 maja 1977 r. o zakazie używania technicznych środków oddziaływania na środowisko w celach militarnych lub innych wrogich celach (tzw. Konwencji ENMOD)¹⁴⁷ oraz z postanowień PD I. W art. I ust. 1 Konwencji ENMOD zobowiązano państwa-strony do „niewykorzystywania w celach militarnych lub jakichkolwiek innych celach wrogich technicznych środków oddziaływania na środowisko, powodujących rozległe, trwałe lub poważne następstwa, jako sposób powodowania zniszczeń, wyrządzania szkód lub strat jakimkolwiek innemu państwu będącemu Stroną”. W interpretacji Komitetu ONZ do spraw Rozbrojenia termin „rozległe” oznacza „obejmujące obszar odpowiadający kilkuset kilometrom kwadratowym”, wyrażenie „długotrwałe” rozumieć należy jako „trwające przez okres miesięcy lub w przybliżeniu jednej pory roku”, zaś określenie „poważne” oznacza „powodujące istotne i znaczące zakłócenie lub szkodę w życiu ludzkim, zasobach naturalnych i gospodarczych lub innych dobrach”¹⁴⁸. Natomiast w świetle art. II, termin „techniczne środki oddziaływania na środowisko” oznacza „każdy środek mający na celu – poprzez rozmyślne kierowanie procesami naturalnymi – dokonywanie zmian w dynamice, składzie lub strukturze Ziemi, włączając w to jej biosferę, litosferę, hydrosferę i atmosferę lub przestrzeń kosmiczną”.

W przypadku postanowień PD I, w art. 35 ust. 3 przyjęto, że zabronione jest stosowanie metod i środków prowadzenia wojny, których celem byłoby

¹⁴⁶ Zob. A. Boivin, *The Legal Regime Applicable to Targeting Military Objectives in the Context of Contemporary Warfare*, University Centre for International Humanitarian Law, Research Paper Series, 2006, № 2, s. 73. Szerzej na temat ochrony środowiska naturalnego w sytuacji konfliktu zbrojnego – zob. m.in. J.A. Cohan, *Modes of Warfare and Evolving Standards of Environmental Protection under the International Law of War*, „Florida Journal of International Law” 2003, Vol. 15, s. 481–539; Y. Dinstein, *Protection of the Environment in International Armed Conflict*, „Max Planck Yearbook of United Nations Law” 2001, Vol. 5, s. 523–549; L.C. Green, *The Environment and the Law of Conventional Warfare*, „The Canadian Yearbook of International Law” 1991, Vol. 29, s. 222–237; E. Koppe, *The Use of Nuclear Weapons and the Protection of the Environment during International Armed Conflict*, Hart Publishing, Oxford and Portland 2008, Part II, Chapter III; P.J. Richards, M.N. Schmitt, *Mars Meets Mother Nature: Protecting the Environment During Armed Conflict*, „Stetson Law Review” 1999, Vol. XXVIII, s. 1047–1090.

¹⁴⁷ Dz.U. z 1978 r., Nr 31, poz. 132.

¹⁴⁸ Zob. A. P.V. Rogers, *op.cit.*, s. 165.

wywoływanie rozległych, długotrwałych i poważnych szkód w środowisku naturalnym lub po których można się spodziewać, że takie szkody wywołają, zaś w art. 55 ust. 1 zakazano stosowania metod lub środków walki, które zmierzają albo które mogą zmierzać do wywołania rozległych, długotrwałych i poważnych szkód w środowisku naturalnym i przez to zagrozić zdrowiu lub przetrwaniu ludności. Zwraca uwagę fakt, że Konwencja ENMOD obejmuje swoim zakresem jedynie celową manipulację procesów zachodzących w środowisku naturalnym dokonywaną przez człowieka, dotyczy wyjątkowych sytuacji rozmyślnego modyfikowania środowiska w celach wojсковych. Niewątpliwie zawarte w tej konwencji wymogi wskazują na wąski zakres zastosowania jej postanowień w porównaniu do rozwiązań prawnych, o których mowa we wspomnianych artykułach PD I. Nie wyklucza się jednak rozwoju takich broni, które mogłyby wywoływać np. trzęsienia ziemi lub wybuchy wulkanów, powodować niszczenie powłoki ozonowej nad terytorium przeciwnika albo modyfikować pogodę dla celów militarnych. Takie bronie mogłyby nawet zyskać miano „nieśmiercionośnych”. Jeśli zaś strony wojujące nie mają zamiaru technicznie oddziaływać na biosferę czy atmosferę, zawsze powinny pamiętać o obowiązku stosowania takich środków walki – również o charakterze nieśmiercionośnym – które nie będą powodować rozległych, długotrwałych i poważnych szkód w środowisku naturalnym¹⁴⁹.

3.5. Broń nieśmiercionośna a obowiązek wynikający z art. 36 PD I

Fiasko projektu SiRUS spowodowało, że w 2001 roku MKCK wycofał się z dalszej jego realizacji i jednocześnie zaczął kłaść większy nacisk na implementację przez państwa-strony PD I procesu kontroli legalności nowych rodzajów broni przewidzianego w art. 36 Protokołu. Zgodnie z tym artykułem, „przy prowadzeniu badań, prac rozwojowych, nabywaniu lub wprowadzaniu nowej broni, nowego środka lub metody prowadzenia wojny, Wysoka Umawiająca się Strona jest zobowiązana ustalić, czy ich zastosowanie byłoby w pewnych lub we wszelkich okolicznościach zakazane przez postanowienia niniejszego Protokołu lub przez jakikolwiek inny przepis prawa międzynarodowego”¹⁵⁰. Już w 1999 roku, podczas 27. Międzynarodowej Konferencji Czer-

¹⁴⁹ D.P. Fidler, *The International...*, s. 90. Zob. też E.L. Nutley, *op.cit.*, s. 43; L. Kulińska, *op.cit.*, s. 92.

¹⁵⁰ Jak wyjaśniają autorzy komentarza MKCK do PD I, zwrot „jakikolwiek inny przepis prawa międzynarodowego”, obowiązujący państwo-stronę, dotyczy jakiegokolwiek porozumienia rozbrojeniowego zawartego przez takie państwo bądź jakiegokolwiek innego porozumienia odnoszącego się do zakazu lub ograniczenia stosowania określonej broni lub szczególnego rodzaju danej broni, zawartego przez wspomniane państwo. Co oczywiste, analizowany zwrot obejmuje również reguły stanowiące część zwyczajowego prawa międzynarodowego (Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (red.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva 1987, § 1472, s. 425). Warto w tym miejscu dodać, iż według interneto-

wonego Krzyża i Czerwonego Półksiężyca, wezwano państwa do ustanowienia mechanizmów i procedur pozwalających określić zgodność broni ze standardami wyznaczonymi przez prawo międzynarodowe. Apel ten został powtórzony cztery lata później (podczas 28. Konferencji), zaś w 2006 roku MKCK opublikował specjalny przewodnik poświęcony przeglądowi prawnemu nowych broni, metod i środków walki¹⁵¹, w zamierzeniu stanowiący pomoc dla państw przy implementacji art. 36 PD I.

W świetle przewodnika MKCK ów przegląd prawny powinien obejmować broń w najszerszym rozumieniu tego słowa, jak również sposoby jej użycia, biorąc przy tym pod uwagę, że środki walki nie mogą być oceniane w oderwaniu od zakładanych metod ich stosowania. Ogólnie mówiąc, mechanizmy i procedury tego przeglądu powinny uwzględniać reguły dotyczące ochrony osób cywilnych przed nieukierunkowanymi skutkami broni oraz reguły zakazujące powodowanie niepotrzebnego cierpienia. Ocena danego rodzaju broni w świetle odpowiednich reguł wymaga przeanalizowania wszelkich stosownych danych empirycznych odnoszących się do tej broni, takich jak ich opis techniczny i rzeczywiste cechy oraz skutki dla zdrowia i środowiska naturalnego¹⁵². Z formalnego punktu widzenia ocena legalności nowych rodzajów broni rodzi co najmniej dwa obowiązki. Po pierwsze, każde państwo powinno ustanowić stałą procedurę – mechanizm, który byłby automatycznie uruchamiany w każdym przypadku, gdy państwo to prowadzi badania lub pozyskuje (np. poprzez zakup) nowy rodzaj broni. Po drugie zaś, dla organów bądź instytucji, które są odpowiedzialne za prowadzenie badań lub pozyskiwanie nowych rodzajów broni, taka procedura powinna być obligatoryjna i przewidziana w prawie stanowionym lub w regulacjach wewnętrznych o charakterze administracyjnym. Wymienione obowiązki to minimalne wymagania proceduralne – państwa same już mogą zdecydować o wyborze konkretnej formy mechanizmu przeglądu¹⁵³.

Bez wątpienia art. 36 opracowany został z myślą o rodzajach broni, które można określić mianem okrutnych, wysoce śmiertelnych, czy charakte-

wej encyklopedii dotyczącej międzynarodowoprawnych regulacji w zakresie broni, opracowanej przez Genewską Akademię Międzynarodowego Prawa Humanitarnego i Praw Człowieka, termin „środki walki” generalnie oznacza rodzaje broni stosowane przez strony konfliktu zbrojnego w ramach prowadzonych przez nie działań zbrojnych. Broń używana do innych celów niż prowadzenie działań zbrojnych, np. w celu ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, nie jest „środkiem walki” – zob. Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, *Weapons Law Encyclopedia*, hasło *means of warfare*, <http://www.weaponslaw.org/glossary/means-of-warfare> (dostęp: 27.11.2015 r.).

¹⁵¹ International Committee of the Red Cross, *A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare. Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977*, Geneva 2006.

¹⁵² *Ibidem*, s. 1.

¹⁵³ K. Lawand, *Reviewing the legality of new weapons, means and methods of warfare*, IRoRC 2006, Vol. 88, № 864, s. 926.

ryzujących się dużą siłą destrukcji. Niemniej jednak, nic nie wskazuje na to, by technologie broni nieśmiertelności były wyłączone z zakresu zobowiązania wynikającego z art. 36¹⁵⁴. Wspomniany proces oceny pod kątem zgodności z MPH powinien obejmować broń nieśmiertelnością choćby z uwagi na nieznane negatywne skutki, jakie broń nieśmiertelności mogłaby wywoływać w organizmie ludzkim, zwłaszcza w przypadku, gdy człowiek narażony jest na długotrwałe jej oddziaływanie lub gdyby wspomniane skutki miały charakter długofalowy. W istocie materialnoprawny zakres przeglądu prawnego określonego w art. 36 jest na tyle szeroki, by obejmować wszelkie rodzaje broni – zarówno służące do atakowania żołnierzy przeciwnika, jak i niszczenia infrastruktury i sprzętu wojskowego, tak samo „śmiertelność”, jak i „nieśmiertelność” lub „mniej śmiertelność”¹⁵⁵. Takie stanowisko potwierdza m.in. Sojusz Północnoatlantycki, uznając, iż nowe technologie, takie jak broń elektromagnetyczna, technologia laserowa lub broń elektryczna, należy dokładnie zbadać pod kątem skutków (tak długotrwałych, jak i krótkotrwałych), jakie mogą wywołać w organizmie człowieka. Wskazane jest w tym przypadku podejście multidyscyplinarne obejmujące ekspertyzę medyczną, techniczną, prawną i wojskową¹⁵⁶. W odniesieniu do prawnego aspektu takiej analizy Sojusz podkreśla szczególne znaczenie prawa międzynarodowego, zwłaszcza zaś międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych¹⁵⁷, a także konieczność zastosowania co najmniej dwóch kryteriów oceny: czy nowa broń wywołuje niepotrzebne cierpienie i czy skutki jej zastosowania mają charakter nieukierunkowany¹⁵⁸.

W przyszłości należy się spodziewać dalszych badań nad ulepszeniem istniejących rodzajów broni nieśmiertelności oraz nad nowymi technologiami tej broni. Jak zauważa M. Žuber, „jest to jednocześnie wyzwanie w zakresie specjalistycznego szkolenia żołnierzy, które jest inne w relacji do typowych działań konwencjonalnych już w sferze mentalnej. Nie chodzi przecież o zabicie przeciwnika, a raczej o ocalenie życia ludzkiego poprzez wybór środków niepowodujących śmierci”¹⁵⁹. Jednak „humanitaryzm” tych środków nie może ograniczać się tylko do obezwładniania przeciwnika – istotne jest również, by nie wywoływały one nadmiernego cierpienia, by można je było kontrolować w sposób pozwalający na atakowanie wyłącznie dozwolonych celów wojskowych zgodnie z zasadą rozróżniania i by nie naruszały

¹⁵⁴ E. Massingham, *op.cit.*, s. 681.

¹⁵⁵ International Committee of the Red Cross, *A Guide to the Legal Review...*, s. 9.

¹⁵⁶ NATO Research and Technology Organisation, *op.cit.*, Annex C.

¹⁵⁷ NATO Policy..., § III.12.

¹⁵⁸ NATO Research and Technology Organisation, *op.cit.*, Annex C.

¹⁵⁹ M. Žuber, *op.cit.*, s. 27.

one żadnego z obowiązujących traktatów w dziedzinie metod i środków prowadzenia działań zbrojnych.

4. Broń nieśmiercionośna a kwestia użycia siły w operacjach z zakresu ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego

Kompleksowy charakter współczesnych operacji militarnych, w tym przede wszystkim operacji przeciwpowstańczych, powoduje, że sytuacje związane z użyciem siły w trakcie tych operacji nie zawsze będą sytuacjami *stricto* bojowymi. Niektóre z zadań ciężących np. na siłach pokojowych bądź oddziałach zwalczających partyzantkę będą miały na celu utrzymanie bądź przywrócenie bezpieczeństwa i porządku publicznego, a wówczas uzasadnienia dla użycia siły szukać należy nie w umowach z zakresu MPH, lecz w standardach przyjętych w ramach międzynarodowego prawa praw człowieka. Co prawda żadna z norm dotyczących praw człowieka nie zakazuje *per se* używania broni (bez względu na to, czy jest to broń śmiercionośna, czy nieśmiercionośna), jednak sposób użycia danej broni (czyli w szerszym kontekście – użycie siły) w ramach ochrony porządku publicznego może stanowić naruszenie praw człowieka i w rezultacie być czynem zabronionym w świetle prawa międzynarodowego oraz – z dużym prawdopodobieństwem – prawa krajowego¹⁶⁰.

Powyższa uwaga w szczególności dotyczy prawa do życia, jako jednego z fundamentalnych praw przysługujących każdemu człowiekowi, ponieważ użycie broni stanowi poważne zagrożenie dla życia jednostki i może zakończyć się jego pozbawieniem. Dotyczy to również broni określanej mianem „nieśmiercionośnej”, bowiem, jak już wyżej wspomniano, niewłaściwe i nieproporcjonalne użycie siły z wykorzystaniem różnego rodzaju środków obездwadniających może prowadzić do śmierci ofiar, również w przypadku działań w ramach ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego¹⁶¹.

Umowy międzynarodowe z zakresu praw człowieka, zarówno o zasięgu międzynarodowym, jak i regionalnym, uznają przyrodzone prawo do życia każdej istoty ludzkiej i podkreślają konieczność ochrony tego prawa. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r. (MPPOiP)¹⁶² oraz niektóre z umów o charakterze regionalnym (np. Amerykańska Kon-

¹⁶⁰ Zob. S. Casey-Maslen, *op.cit.*, s. 25–26.

¹⁶¹ Zob. R. Crawshaw, S. Cullen, T. Williamson, *Human Rights and Policing*, 2nd revised ed., Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2007, s. 297.

¹⁶² Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Nowy Jork, 16.12.1966 r. (Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167, załącznik).

wencja Praw Człowieka z 1969 r. – AKPCz)¹⁶³, zakazują ponadto arbitralnego (samowolnego) pozbawiania życia¹⁶⁴, nie definiują jednak określenia „arbitralny”. Bardziej precyzyjna jest w tym względzie Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r. (EKPCz)¹⁶⁵, w której zrezygnowano z użycia zwrotu „arbitralne pozbawienie życia” i zamiast tego przyjęto zamkniętą listę okoliczności, w których pozbawienie życia nie będzie uznawane za sprzeczne z Konwencją, o ile śmierć nastąpi w wyniku bezwzględnie koniecznego użycia siły¹⁶⁶. Z uwagi na problematykę poruszaną w niniejszym artykule, istotne znaczenie ma wyjątek określony w art. 2 ust. 2 pkt c) EKPCz, w świetle którego pozbawienie życia nie będzie naruszeniem Konwencji, jeśli użycie siły było bezwzględnie konieczne „w działaniach podjętych zgodnie z prawem w celu stłumienia zamieszek lub **powstań** [podkr. aut.]”¹⁶⁷. Użycie broni nieśmiercionośnej, jako forma użycia siły przeciw powstańcom, w przypadku śmierci ofiary nie stanowiłoby zatem naruszenia prawa do życia, jeśli zostałyby zachowane wszelkie procedury przewidziane prawem, a samo użycie siły byłoby bezwzględnie konieczne i proporcjonalne do zaistniałego zagrożenia.

Zarówno w MPPOiP, jak i w AKPCz, przewidziano możliwość zawieszenia stosowania zobowiązań państw-stron w odniesieniu do niektórych praw i wolności (z uwagi na czas wojny, wyjątkowe niebezpieczeństwo publiczne bądź inną wyjątkową sytuację zagrażającą istnieniu narodu lub bezpieczeństwu państwa-strony)¹⁶⁸, jednak w obu traktatach wyraźnie stwierdzono, iż katalog praw derogowalnych nie obejmuje postanowień dotyczących prawa do życia¹⁶⁹. Pakt ujemne prawo do życia przede wszystkim w kontekście kary śmierci¹⁷⁰, podobnie zresztą jak AKPCz¹⁷¹, zaś okoliczności, w których do-

¹⁶³ American Convention on Human Rights, San José, 22.11.1969 r., http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.pdf (dostęp: 15.09.2015 r.).

¹⁶⁴ Zob. art. 6 ust. 1 MPPOiP, art. 4 ust. 1 AKPCz.

¹⁶⁵ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Rzym, 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm.).

¹⁶⁶ Zob. art. 2 ust. 2 EKPCz. Zob. też L. Doswald-Beck, *op.cit.*, s. 161; R. Cawshaw, S. Cullen, T. Williamson, *op.cit.*, s. 32.

¹⁶⁷ W autentycznych wersjach językowych EKPCz – angielskiej i francuskiej – użyto terminu *insurrection*, co zdaniem L. Doswald-Beck w prawie międzynarodowym oznaczało niegdyś sytuację, którą dziś nazywamy „międzynarodowym konfliktem zbrojnym”. Twórcy EKPCz dopuścili zatem możliwość użycia siły – w tym prowadzącej do pozbawienia życia – w celu zwalczania rebelii przez państwo-stronę Konwencji (L. Doswald Beck, *op.cit.*, s. 193). Uwzględniając tę interpretację i biorąc pod uwagę, że zdecydowana większość operacji w ramach COIN prowadzona jest w toku konfliktu międzynarodowego, przyjęć można, że *insurrection* i *insurgency* to z perspektywy EKPCz synonimy.

¹⁶⁸ Zob. art. 4 ust. 1 MPPOiP, art. 27 ust. 1 AKPCz.

¹⁶⁹ Zob. art. 4 ust. 2 MPPOiP, art. 27 ust. 2 AKPCz.

¹⁷⁰ A. Łopatka, *Jednostka. Jej prawa człowieka*, Oficyna Wydawnicza Wyższej Szkoły Handlu i Prawa im. Ryszarda Łazarskiego, Warszawa 2002, s. 38–39.

¹⁷¹ A. Szymaniak, *Prawo do życia*, [w:] L. Koba, W. Wacławczyk (red.), *Prawa człowieka. Wybrane zagadnienia i problemy*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009, s. 177.

puszcza się możliwość pozbawienia człowieka życia, jest więcej. Jednak w obu umowach nie wyszczególniono, o jakie okoliczności może chodzić¹⁷². Jedynie w przypadku EKPCz, w postanowieniach dotyczących uchylania stosowania zobowiązań w stanie wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego (art. 15 ust. 1), przewidziano wyjątek od ogólnego zakazu uchylania zobowiązań wynikających z art. 2 – wyjątek ten dotyczy „przypadków śmierci będących wynikiem zgodnych z prawem działań wojennych” (art. 15 ust. 2). Nie ulega wątpliwości, że zwrot ten stanowi bezpośrednie odwołanie do zasad i norm MPH. Oznacza to, że podejmowane w trakcie konfliktu zbrojnego działania prowadzące do utraty życia, które są sprzeczne z prawem humanitarnym, będą też, *ipso facto*, naruszeniem art. 2 EKPCz. Natomiast pozbawienie życia w czasie konfliktu zbrojnego, pozostające w zgodzie z normami prawa międzynarodowego, nie będzie stanowić naruszenia Konwencji. Tym samym EKPCz oraz standardy wynikające z MPH w zakresie użycia siły, są w pełni kongruentne¹⁷³.

O ile jednak MPH zawiera szereg postanowień szczegółowo określających w jaki sposób należy używać siły, traktaty dotyczące ochrony praw człowieka właściwie milczą na ten temat, a jest to problem istotny, gdyż w międzynarodowym prawie praw człowieka brak zasady rozróżniania (nie ma więc podziału na osoby stanowiące dozwolony cel ataku i osoby chronione), a samo użycie siły jest traktowane jako ostateczność. W sukurs przychodzi jednak orzecznictwo sądów międzynarodowych, przede wszystkim Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz), który niejednokrotnie miał okazję wyjaśniać na czym polega użycie siły przez funkcjonariuszy państwowych i jakie należy przyjąć warunki oraz granice stosowania siły, w tym również tej, która w założeniu ma charakter nieśmiertelności.

Spśród tych orzeczeń bodaj najczęściej powoływanym w literaturze przedmiotu jest wyrok ETPCz w sprawie *McCann i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 1995 r.¹⁷⁴. Sprawa ta dotyczyła zabicia przez brytyjskich żołnierzy trzech członków Irlandzkiej Armii Republikańskiej (IRA), którzy byli podejrzewani o przygotowywanie zamachu bombowego na Gibraltarze. Rodziny członków IRA zarzuciły Wielkiej Brytanii naruszenie art. 2 EKPCz.

¹⁷² *Ibidem*, s. 173.

¹⁷³ D. Korff, *The right to life. A guide to the implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights*, Directorate General of Human Rights Council of Europe, „Human Rights Handbooks” 2006, № 8, s. 55.

¹⁷⁴ European Court of Human Rights, *Case of McCann and Others v. the United Kingdom*, Series A, № 324, Appl. № 18984/91, Judgment (Grand Chamber), 27.09.1995 r. Obszerne fragmenty tego wyroku w języku polskim – zob. A. Rzepliński, *Wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Sprawa McCann i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu: wyrok z dnia 27 września 1995 r.*, http://kryminologia.ipsir.uw.edu.pl/images/stronka/ETPCz/A.%20Rzeplinski_Wyrok%20ETPCz_Sprawa%20McCann%20i%20inni%20przeciwko%20Zjednoczonemu%20Krolestwu.pdf (dostęp: 15.09.2015 r.).

W wyroku Trybunał podkreślił, iż treść całego art. 2 wskazuje, że jego ust. 2 nie ogranicza się wyłącznie do przypadków, kiedy wolno dokonać umyślnego pozbawienia życia, lecz opisuje sytuacje, w których dopuszczalne jest użycie siły mogące w sposób niezamierzony skutkować pozbawieniem życia¹⁷⁵. Cytowany artykuł mógłby więc znaleźć zastosowanie również w sytuacjach, gdy użyto broni nieśmiercionośnej. Trybunał zastrzegł jednak, że użycie siły musi być „absolutnie konieczne” dla osiągnięcia jednego z celów wymienionych w ust. 2 pkt a), b) lub c)¹⁷⁶. Sformułowanie „absolutnie konieczne” wskazuje na zastosowanie kryterium konieczności ściślejszego i bardziej jednoznacznego od tego, które stosuje się zazwyczaj przy ustalaniu, czy działanie państwa jest „konieczne w społeczeństwie demokratycznym” (w rozumieniu art. 8 ust. 2, art. 9 ust. 2, art. 10 ust. 2 i art. 11 ust. 2 EKPCz), co oznacza w szczególności, że użyta siła musi pozostawać w ścisłej proporcji do osiągnięcia celów określonych w ust. 2 pkt a), b) lub c)¹⁷⁷. Wśród czynników, które powinno się wziąć pod uwagę przy określaniu tej proporcji, należy wymienić charakter celu, który próbujemy osiągnąć, charakter zagrożenia dla życia wiążącego się z daną sytuacją oraz rozmiar zagrożenia, które może doprowadzić do pozbawienia życia¹⁷⁸.

W omawianej sprawie ETPCz podkreślił również potrzebę przeprowadzenia jak najściślejszej kontroli przypadków pozbawienia życia, zwłaszcza wówczas, gdy w sposób zamierzony posłużono się siłą śmiercionośną – w takich sytuacjach należy wziąć pod uwagę nie tylko działania funkcjonariuszy państwa, lecz także okoliczności towarzyszące, łącznie z planowaniem i nadzorowaniem owych działań¹⁷⁹. Tym samym zbadaniu powinna podlegać nie tylko kwestia, czy siła użyta przez funkcjonariuszy państwa (np. żołnierzy) pozostawała w ścisłej proporcji do celu, jakim jest ochrona ludzi przed bezprawną przemocą, lecz także czy operacja z użyciem siły (np. operacja antyterrorystyczna) została przez władze zaplanowana i przeprowadzona w taki sposób, by zminimalizować w możliwie największym stopniu odwołanie się do siły śmiercionośnej¹⁸⁰.

Znaczenie, jakie dla ochrony życia ludzkiego ma odpowiednie planowanie i prowadzenie operacji z użyciem siły, ETPCz wyraźnie zaznaczył

¹⁷⁵ *McCann and Others...*, § 148.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ *Ibidem*, § 149. Por. orzeczenie Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Zambrano Vélez et al. v. Ecuador* (Series C, No 166, IHRL 3040, Judgment, 4.07.2007 r.), § 84.

¹⁷⁸ P. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 183. Zob. też N. Quéniwet, *The Right to Life in International Humanitarian Law and Human Rights Law*, [w:] R. Arnold, N. Quéniwet (red.), *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2008, s. 342, 344–347.

¹⁷⁹ *McCann and Others...*, § 150.

¹⁸⁰ *Ibidem*, § 194.

w sprawie *Ergi przeciwko Turcji* z 1998 r.¹⁸¹. W sprawie tej młoda kobieta, siostra skarżącego, poniosła śmierć w wyniku niekontrolowanej wymiany ognia między siłami bezpieczeństwa a członkami Partii Pracujących Kurdystanu (PKK). Trybunał stwierdził, iż państwo odpowiada nie tylko za działania swoich funkcjonariuszy, skutkujące pozbawieniem życia ludzi, lecz także za niedopełnienie obowiązku podjęcia wszelkich dostępnych środków ostrożności w zakresie wyboru metod i środków prowadzenia operacji przeciw wrogiemu ugrupowaniu. Podjęcia takich środków ostrożności wymaga konieczność unikania bądź przynajmniej minimalizowania przypadkowych ofiar wśród ludności cywilnej¹⁸².

W podobnym duchu ETPCz wypowiedział się w sprawie *Isayeva przeciwko Rosji* z 2005 r.¹⁸³. W swojej skardze Z. Isayeva zarzuciła Rosji pozbawienie życia jej syna i innych krewnych w wyniku przeprowadzonego przez siły rosyjskie nieukierunkowanego nalotu bombowego na wioskę Katyr-Jurt. Nalot był częścią operacji militarnej wymierzonej w czeczeńskich partyzantów i miał na celu zniszczenie jednego z ich oddziałów zmierzających w kierunku wioski – była to zatem z góry zaplanowana operacja. Nie podjęto jednak żadnych kroków w celu ostrzeżenia mieszkańców wioski o zagrożeniu, na jakie byli narażeni w związku z przygotowywanymi działaniami zbrojnymi¹⁸⁴. Trybunał uznał, że z uwagi na konieczność zwalczania powstania na terenie Czeczenii, użycie siły mogło spełniać przesłanki określone w art. 2 ust. 2 pkt c) EKPCz, jednak nawet w sytuacji, gdy – zgodnie ze stanowiskiem władz rosyjskich – mieszkańcy wioski stali się zakładnikami wyszkolonych i dobrze uzbrojonych bojowników, głównym celem operacji powinna być ochrona życia osób cywilnych przed bezprawną przemocą. Zastosowanie na szeroką skalę broni nie pozwalającej na odróżnienie celów wojskowych od osób i obiektów chronionych jest rażącym przeciwieństwem wspomnianego celu i nie może być uznane za zgodne z regułami ostrożności niezbędnymi w tego rodzaju operacjach, zakładających użycie siły śmiertelnej przez funkcjonariuszy państwowych¹⁸⁵.

Na problem braku środków, które byłyby alternatywą dla siły śmiertelnej w sytuacji, gdy siły bezpieczeństwa i porządku publicznego podejmują działania w celu stłumienia zamieszek lub powstania, ETPCz zwrócił uwagę w sprawie *Güleç przeciwko Turcji* z 1998 r.¹⁸⁶. Sprawa ta dotyczyła chłopca, który został śmiertelnie postrzelony przez żandarmów rozpraszających nielegalną

¹⁸¹ European Court of Human Rights, *Case of Ergi v. Turkey*, 66/1997/850/1057, Appl. No 23818/94, Judgment, 28.07.1998 r.

¹⁸² *Ibidem*, § 79.

¹⁸³ European Court of Human Rights, *Case of Isayeva v. Russia*, Appl. No 57950/00, Judgment, 24.02.2005. r

¹⁸⁴ Zob. D. Korff, *op.cit.*, s. 34–35.

¹⁸⁵ *Isayeva v. Russia...*, § 191.

¹⁸⁶ European Court of Human Rights, *Case of Güleç v. Turkey*, 54/1997/838/1044, Judgment, 27.07.1998 r.

demonstrację. Podkreślając konieczność zachowania właściwej proporcji między celem do osiągnięcia a środkami, które mają temu służyć, Trybunał uznał, że w sprawie tej doszło do naruszenia art. 2, żandarmi użyli bowiem broni ciężkiej (umieszczonej na transporterze opancerzonym), ponieważ nie dysponowali bronią nieśmiertelnością (obezwładniającą) – nie mieli pałek, tarcz ochronnych, armatek wodnych, gumowych pocisków ani gazu łzawiącego. Brak takiego wyposażenia był tym bardziej niezrozumiały i niedopuszczalny, jeśli wziąć pod uwagę, że w regionie, w którym odbyła się wspomniana demonstracja, obowiązywał stan wyjątkowy, należało więc liczyć się z próbami zakłócenia porządku publicznego¹⁸⁷.

Organy strasburskie miały też okazję zajmować się wprost kwestią legalności użycia broni nieśmiertelności w kontekście ochrony prawa do życia. W sprawie *Kathleen Stewart przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 1984 r.¹⁸⁸ 13-letni chłopiec zginął w wyniku obrażeń głowy spowodowanych gumowym pociskiem wystrzelonym przez brytyjskiego żołnierza podczas tłumienia gwałtownej demonstracji w Zachodnim Belfaście. Skarżąca – matka chłopca – utrzymywała, iż gumowe pociski to broń nieodpowiednia do tłumienia zamieszek w Irlandii Północnej. Europejska Komisja Praw Człowieka nie zgodziła się jednak z tym poglądem i odrzuciła skargę, stwierdzając, że pociski te w istocie nie są tak niebezpieczne, jak się przypuszcza (choć mogą powodować poważne obrażenia), zaś chłopiec został trafiony takim pociskiem, ponieważ żołnierz, który celował w nogi stojącego obok chłopca przywódcy demonstrantów, w momencie oddawania strzału został trafiony dwoma kamieniami, jego pocisk chybił więc celu i uderzył chłopca w głowę¹⁸⁹. Zdaniem Komisji, śmierć Briana Stewarta była zatem konsekwencją użycia siły bezwzględnie koniecznej „w działaniach podjętych zgodnie z prawem w celu stłumienia zamieszek [...] w rozumieniu artykułu 2 ust. 2 pkt c)”¹⁹⁰.

Z kolei Europejski Trybunał Praw Człowieka wypowiedział się na temat zasadności użycia broni nieśmiertelności w postaci środka chemicznego w sprawie *Finogenov i inni przeciwko Rosji* z 2011 r.¹⁹¹. Sprawa ta odnosi się do ataku terrorystycznego na moskiewski teatr na Dubrowce dokonanego przez oddział czeczeńskich separatystów 23.10.2002 r. W wyniku tego ataku separa-

¹⁸⁷ *Ibidem*, § 71. Por. decyzję Afrykańskiej Komisji Praw Człowieka i Ludów w sprawie *Mouvement burkinabé des droits de l'Homme et des peuples v. Burkina Faso* (Com 204/97, 7.05.2001 r.), § 43.

¹⁸⁸ European Commission of Human Rights, *Kathleen Stewart v. the United Kingdom*, Appl. № 10044/82, Decision on the admissibility of the application, 10.07.1984 r. Szczegółowa analiza tej sprawy – zob. B. Dickson, *The European Convention on Human Rights and the Conflict in Northern Ireland*, Oxford University Press, Oxford 2010, s. 262–264.

¹⁸⁹ *Ibidem*, § 28 i 29.

¹⁹⁰ *Ibidem*, § 30.

¹⁹¹ European Court of Human Rights, *Case of Finogenov and Others v. Russia*, Appl. Nos. 18299/03 and 27311/03, Judgment, 20.12.2011 r.

tyści zajęli teatr i do 26 października przetrzymywali w nim zakładników. W trakcie akcji antyterrorystycznej (która zakończyła się sukcesem), rosyjskie oddziały specjalne użyły gazu usypiającego, zawierającego najprawdopodobniej fentanyl¹⁹², a następnie przystąpiły do szturm na teatr, zabijając wszystkich terrorystów i uwalniając więzione w budynku osoby. W akcji zginęło jednak niemal 130 zakładników, którzy zatruli się wspomnianym gazem. W omawianej sprawie ofiary oraz rodziny ofiar zamachu terrorystycznego utrzymywały, że śmierć zakładników oraz odniesione przez nich obrażenia są wynikiem działań rosyjskich sił bezpieczeństwa oraz że użycie siły przez oddziały antyterrorystyczne było nieproporcjonalne i naraziło zakładników na ryzyko utraty życia lub zdrowia¹⁹³.

W wyroku ETPCz stwierdził, iż użyty podczas akcji antyterrorystycznej gaz nie był „nieszkodliwy”, choć w zamierzeniu nie miał on prowadzić do śmierci terrorystów lub zakładników, można więc uznać go za „broń nieśmiercionośną o charakterze obezwładniającym”. Przebieg wydarzeń wyraźnie jednak pokazał, że gaz ten, w najlepszym razie, jest potencjalnie niebezpieczny dla człowieka zdrowego i potencjalnie śmiertelny dla człowieka osłabionego lub chorego. Gaz stanowił zatem główną przyczynę zgonu dużej liczby ofiar omawianych wydarzeń¹⁹⁴. W rezultacie Trybunał uznał, iż sprawa mieści się w zakresie art. 2 EKPCz¹⁹⁵, ale nie stwierdził naruszenia tego artykułu w związku z decyzją władz o przerwaniu negocjacji z terrorystami i podjęciu akcji odbicia zakładników z wykorzystaniem gazu usypiającego. Zdaniem Trybunału omawiana sytuacja stanowiła rzeczywiste, poważne i bezpośrednie zagrożenie dla życia i zdrowia wielu osób, zatem władze miały istotne powody, by traktować interwencję z użyciem siły za „mniejsze zło” w zaistniałych okolicznościach¹⁹⁶. Trybunał uznał ponadto, iż użycie gazu nie było działaniem nieproporcjonalnym, gaz nie został też użyty w sposób „nieukierunkowany”, choć zastosowano go zarówno wobec zakładników, jak i zamachowców, a jego działanie wiązało się z ryzykiem spowodowania śmierci, jednak szanse przeżycia po wchłonięciu tego gazu pozostawały wysokie, zależnie od skuteczności i sprawności pomocy udzielonej przez służby ratownicze¹⁹⁷.

¹⁹² Fentanyl to syntetyczny, silny środek przeciwbólowy i anestetyczny bezpośrednio wpływający na ośrodkowy układ nerwowy i powodujący m.in. senność i zaburzenia pracy mózgu. Po przedawkowaniu powoduje zgon przez uduszenie.

¹⁹³ *Finogenov and Others...*, § 165.

¹⁹⁴ *Ibidem*, § 201–202.

¹⁹⁵ *Ibidem*, § 203.

¹⁹⁶ *Ibidem*, § 226.

¹⁹⁷ *Ibidem*, § 232.

W kwestii stosowania broni nieśmiercionośnej w operacjach z zakresu bezpieczeństwa i porządku publicznego warto jeszcze przytoczyć niewiążące prawnie, lecz często cytowane (np. we wspomnianych wyżej orzeczeniach *McCann i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*¹⁹⁸ oraz *Finogenov i inni przeciwko Rosji*¹⁹⁹) „Podstawowe zasady dotyczące użycia siły i broni palnej przez przedstawicieli organów ochrony porządku publicznego” przyjęte w ramach ONZ w 1990 roku²⁰⁰. Zasady te wydają się wyraźnie popierać stosowanie broni nieśmiercionośnej, zachęcając rządy i organy ochrony porządku publicznego do rozwijania i doskonalenia środków stanowiących różnorodne rodzaje broni i amunicji, które pozwolą na zróżnicowane użycie siły i broni palnej. Działania te powinny objąć rozwijanie broni o charakterze nieśmiercionośnym i obezwładniającym, by móc je wykorzystać w odpowiednich sytuacjach w celu stopniowego ograniczania stosowania środków zdolnych ranić bądź zabijać ludzi²⁰¹. Rozwój i wprowadzanie do użytku różnych rodzajów broni nieśmiercionośnej powinny być jednak poddawane starannej ocenie, by zminimalizować ryzyko rażenia osób nieobjętych działaniami organów porządku publicznego, samo zaś użycie takiej broni powinno podlegać ścisłej kontroli²⁰².

5. Wnioski

Nękające współczesny świat zagrożenia – konflikty asymetryczne, terroryzm, walka z przeciwnikiem w terenie zurbanizowanym, gdzie znajduje się ludność i infrastruktura cywilna, wpłynęły na potrzebę zastosowania innych niż broń konwencjonalna środków walki. Chodzi o to, by z jednej strony w czasie prowadzenia działań zbrojnych nie ucierpiały osoby cywilne i ich dobytek, z drugiej zaś, by skutecznie zwalczać przeciwnika, zazwyczaj nieregularnego²⁰³. Rozwiązaniem tego problemu mogłaby się okazać broń nieśmiercionośna. Niewątpliwie, pewne rodzaje tej broni mogą spełniać znaczącą rolę jako alternatywa dla innych środków walki, zwłaszcza dla broni palnej, której użycie w pewnych sytuacjach może nie być właściwe, a nawet zakazane, np. by „zmusić” jednostki lub grupy do postępowania zgodnie z instrukcjami wydawanymi przez władze²⁰⁴. Niektóre z technologii nieśmiercionośnych mogą się też z powodzeniem sprawdzać podczas szeroko

¹⁹⁸ Zob. *McCann and Others...*, § 138–139.

¹⁹⁹ Zob. *Finogenov and Others...*, § 162–163.

²⁰⁰ *United Nations Basic Principles on the Use of Force and firearms by Law Enforcement Officials*, Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27.08–7.091990 r.

²⁰¹ *Ibidem*, § 2.

²⁰² *Ibidem*, § 3.

²⁰³ A. Ziemiński, *op.cit.*, s. 118.

²⁰⁴ S. Casey-Maslen, *op.cit.*, s. 72.

rozumianych operacji pokojowych, np. w punktach kontrolnych, albo w celu utrzymania porządku publicznego na obszarach okupowanych²⁰⁵. Z uwagi zaś na cechę broni nieśmiercionośnej, jaką jest możliwość minimalizowania bądź eliminowania ofiar, zwłaszcza strat ubocznych wśród ludności cywilnej i w dobrach o charakterze cywilnym, broń ta staje się niezwykle cennym narzędziem w unikaniu niewygodnego dla wielu rządów „efektu CNN”. Oczywiście nie ma obecnie broni, która byłaby w stu procentach nieśmiercionośna, jednak różne kategorie broni „nieśmiercionośnej” lub „mniej śmiercionośnej” muszą spełniać nadrzędny cel jakim jest pokonanie bądź obezwładnienie przeciwnika w taki sposób, by spowodować jak najmniej obrażeń fizycznych. Cel ten jest sprzeczny z założeniami dotyczącymi rozwoju broni tradycyjnej skupiającymi się na zwiększaniu śmiercionośności. Jednak w przypadku broni nieśmiercionośnej efekt w postaci śmierci lub trwałych obrażeń jest i tak dużo mniej prawdopodobny niż w przypadku jej odpowiedników konwencjonalnych²⁰⁶.

Mimo to nie należy się spodziewać, by w przewidywalnej przyszłości broń nieśmiercionośna zastąpiła broń śmiercionośną²⁰⁷. Będzie ona raczej stosowana w połączeniu z bronią śmiercionośną, by wzmocnić jej oddziaływanie i skuteczność. Jak zauważają A. i H. Tofferowie, „połączenie uzbrojenia dysponującego wysoką selektywnością w doborze celów z uzbrojeniem nieśmiercionośnym budzi nadzieje, wskazuje na możliwość ograniczenia do tej pory na ślepo zadawanej śmierci”²⁰⁸. Poza tym bezpieczeństwo personelu wojskowego realizującego zadanie bojowe może wymagać posiadania i zastosowania broni śmiercionośnej, dlatego technologie nieśmiercionośne nie będą zastępować, tylko niejako wzbogacać arsenał dostępny współczesnym armiom²⁰⁹.

Rozwój nowych rodzajów broni nieśmiercionośnej ma zatem pozwolić siłom zbrojnym (oraz organom bezpieczeństwa i porządku publicznego) na wykorzystanie alternatywnych środków służących zwalczaniu poważnych zagrożeń, a także na rozszerzenie ich zdolności o nowe możliwości, które

²⁰⁵ *Ibidem*, s. 13.

²⁰⁶ B. Koene, F. Id-Boufker, A. Papy, *op.cit.*, s. 22. Zdaniem R. Couplanda, śmiercionośność związana z użyciem konkretnego rodzaju broni wynika z kontekstu jej użycia, nie zaś z przypisanych jej właściwości. Dlatego głównym problemem nie jest śmiercionośność broni, lecz ocena, czy dana broń jest odpowiednia do realizacji określonego zadania, jeśli wiadomo, iż podczas wykonywania tego zadania prawdopodobnie dojdzie do spowodowania śmierci i trwałych obrażeń (R.M. Coupland, *Modelling Armed Violence: A Tool for Humanitarian Dialogue in Disarmament and Arms Control*, [w:] J. Borrie, V. Martin Randin (red.), *Alternative Approaches in Multilateral Decision Making: Disarmament as Humanitarian Action*, UNIDIR, Geneva 2005, s. 43).

²⁰⁷ Zob. A. Toffer, H. Toffer, *op.cit.*, s. 152.

²⁰⁸ *Ibidem*, s. 156.

²⁰⁹ B. Koene, F. Id-Boufker, A. Papy, *op.cit.*, s. 22.

technologie nieśmiercionośne im oferują²¹⁰ – przy czym „rozpatrując wykorzystanie broni nieśmiercionośnej przez organizacje porządkowe lub wojsko, należy raczej mówić o „zdolnościach do rażenia nieśmiercionośnego” (*non-lethal abilities*), który to termin obejmowałby cały system możliwości alternatywnego oddziaływania, np. działania psychologiczne i propagandowe, współpraca cywilno-wojskowa i na końcu rażenie środkami nieśmiercionośnymi”²¹¹. Tak kompleksowe podejście jest szczególnie ważne w przypadku operacji typu COIN, zastosowanie wybranej technologii nieśmiercionośnej należałoby jednak poprzedzić wcześniejszym opracowaniem odpowiednich przepisów i zasad użycia siły. Istotnym czynnikiem jest również uświadomienie żołnierzom możliwości zastosowania – oprócz broni konwencjonalnej – nieśmiercionośnych środków walki, zaś w przypadku niektórych rodzajów tych środków konieczne mogłoby się okazać specjalne szkolenie, a nawet utworzenie wyspecjalizowanych oddziałów (np. w celu obsługi LRAD). W rezultacie wyposażenie żołnierzy w broń nieśmiercionośną mogłoby dać im możliwość stopniowania użycia siły oraz adekwatnego reagowania na zaistniałe zagrożenie²¹².

W przyszłości niewątpliwie dojdzie do dalszego rozwoju, wdrażania i stosowania broni nieśmiercionośnej, choćby z uwagi na szansę ograniczania strat (zwłaszcza wśród ludności cywilnej) i podnoszenia poziomu bezpieczeństwa personelu wojskowego biorącego udział w operacjach militarnych²¹³. Możliwe również, że broń nieśmiercionośna będzie szeroko stosowana przez pojazdy bezzałogowe i autonomiczne systemy bojowe. Z pewnością nowych technologii warto używać do zmniejszania strat walczących ze sobą stron i choć „w przyszłości nie zdołamy zapobiec wojnom, lecz [...] jest wysoce prawdopodobne, że potrafimy uczynić je do pewnego stopnia wojnami bezkrwawymi”²¹⁴. Badania nad technologiami nieśmiercionośnymi oraz ich wykorzystywanie na polu walki niekoniecznie więc muszą być postrzegane jako coś negatywnego, jednak zarówno naukowcom, jak i dowódcom, przyświecać powinien nakaz przestrzegania MPH. Nie można bowiem dopuścić do złagodzenia zakazów i ograniczeń dotyczących użycia

²¹⁰ Zob. *European Working Group Non-Lethal Weapons Information Leaflet*, <http://www.non-lethal-weapons.org/leaflet201411.pdf> (dostęp: 10.09.2014 r.).

²¹¹ N. Świętochowski, *op.cit.*, s. 7.

²¹² A. Ziemiński, *op.cit.*, s. 131. O roli broni nieśmiercionośnej w zwalczaniu rebelii w Iraku dobitnie wypowiedział się m.in. generał US Army, Peter Chiarelli: „jesteśmy dobrzy w zadawaniu skutków śmiercionośnych; jednak w przypadku działań przeciwrzeczniczych równie ważne są skutki nieśmiercionośne; [są one] kluczowe dla wygrania wojny w Iraku. Dlatego, jeśli myślimy poważnie o zwalczaniu rebelii, musimy zmienić naszą kulturę i zaakceptować znaczenie, a nawet nadrzędność skutków nieśmiercionośnych” (cyt. za: E. Massingham, *op.cit.*, s. 684).

²¹³ Zob. N. Świętochowski, *op.cit.*, s. 18.

²¹⁴ A. Toffer, H. Toffer, *op.cit.*, s. 152.

wszelkiej broni, w tym broni nieśmiertelności, przeciwko osobom cywilnym w czasie konfliktów zbrojnych – nawet jeśli wydaje się, iż można sformułować moralne uzasadnienie w postaci „mniejszego zła”, gdyż ryzyko nadużyć w tym zakresie jest nazbyt wysokie²¹⁵. Tym samym, wymaganie od żołnierzy, by używali broni nieśmiertelności przeciw osobom cywilnym nie zaangażowanym w walkę zbrojną, stanowi naruszenie przysługującej tym osobom ochrony przed atakiem. Jeśli jednak podjęto działania mające na celu zminimalizowanie ofiar wśród ludności cywilnej i atak prowadzony jest bezpośrednio przeciw osobom walczącym (kombatantom, partyzantom itp.) z poszanowaniem zasady rozróżniania, działania te są zgodne z wymaganiami stawianymi przez prawo humanitarne²¹⁶.

Generalnie zresztą ocena legalności broni nieśmiertelności z perspektywy MPH nie odbiega od procedur i mechanizmów, jakie należy stosować w przypadku badań, wdrażania i stosowania jakiegokolwiek nowego środka walki. Należy zatem brać pod uwagę wykorzystaną technologię, jej właściwości, zamiar, jaki stał za jej zastosowaniem, szczególne okoliczności, w jakich będzie wykorzystywana, a także rzeczywiste (lub przewidywane) skutki jej wykorzystania²¹⁷. Prawnicy powinni ponadto pamiętać, że wspomniana ocena musi uwzględniać opinie i analizy innych specjalistów: naukowców, lekarzy oraz cywilnych i wojskowych ekspertów zajmujących się problematyką środków walki. Broń nieśmiertelności stanowi dobry przykład, jak wieloaspektowe powinno być podejście do przeglądu prawnego określonego w art. 36 PD I²¹⁸. Każdy rodzaj tej broni powinien oczywiście podlegać odrębnej analizie, w każdym jednak przypadku prawo międzynarodowe jest jednym z kluczowych instrumentów w zakresie badań, wdrażania i stosowania nieśmiertelności arsenału przez siły zbrojne. Innymi słowy, za stosowaniem broni nieśmiertelności na polu walki może przemawiać humanitaryzm, pod warunkiem jednak, że na straży użycia siły – bez względu na jej rodzaj – stać będą zasady i normy międzynarodowego prawa humanitarnego²¹⁹.

²¹⁵ E. Massingham, *op.cit.*, s. 685.

²¹⁶ Por. Ch. Mayer, *op.cit.*, s. 227.

²¹⁷ Zob. D.P. Fidler, *op.cit.*, s. 97.

²¹⁸ *Ibidem*, s. 98.

²¹⁹ Por. E. Massingham, *op.cit.*, s. 685.

REGULACJE PRAWNE INSTRUMENTEM OCHRONY DÓBR KULTURY CULTURAL PROPERTY LAW

Summary

The aim of the study was to find answers to the questions: whether and how regulations protect cultural property. The subject of discussion was the „law in action”. The authors present both an assessment of the effectiveness of legal regulations as well as opportunities to improve the efficiency of the analysed regulation. They presented a wide range of threats and legal tools to prevent adverse events. The conclusions pointed to the excessive expectations of the law is not adequate to meet the expectations supplemented regime to implement the law.

keywords: cultural property, nation, cultural heritage, International Humanitarian Law

1. Założenia wstępne

Celem badania, którego wyniki przedstawiamy w poniższym opracowaniu było poszukiwanie odpowiedzi, czy i jak regulacje prawne (obowiązujące) chronią dobra kultury¹. Przedmiotem naszych rozważań było więc

¹ Pojęcie jest prawnie i prawniczo nieostre. W międzynarodowym prawie humanitarnym definicja dóbr kultury została zawarta w Konwencji haskiej o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego z 1954 r. i brzmi następująco: „Art. 1 W rozumieniu niniejszej Konwencji uważa się za dobra kulturalne, bez względu na ich pochodzenie oraz osobę ich właściciela:

- a) dobra ruchome lub nieruchome, które posiadają wielką wagę dla dziedzictwa kulturalnego narodu, na przykład zabytki architektury, sztuki lub historii, zarówno religijne jak i świeckie, stanowiska archeologiczne, zespoły budowlane posiadające, jako takie, znaczenie historyczne lub artystyczne, dzieła sztuki, rękopisy, książki i inne przedmioty o znaczeniu artystycznym, historycznym lub archeologicznym, jak również zbiory naukowe i poważne zbiory książek, archiwaliów lub reprodukcji wyżej określonych dóbr;
- b) gmachy, których zasadniczym i stosowanym w praktyce przeznaczeniem jest przechowywanie lub wystawianie dóbr kulturalnych ruchomych, określonych pod literą a), na przykład muzea, wielkie biblioteki, składnice archiwalne, jak również schrony mające na celu przechowywanie, w razie konfliktu zbrojnego, dóbr kulturalnych ruchomych, określonych pod literą a);
- c) ośrodki obejmujące znaczną ilość dóbr kulturalnych określonych pod literą a) i b), zwane w dalszym ciągu „ośrodkami zabytkowymi”.

W Artykule 1 Paktu Roerich'a (*Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments*, Washington, 15.04.1935 r.) sformułowana jest następująca definicja: „The historic monuments, mu-

„prawo w działaniu” (w tym przypadku przeciwstawiamy je więc swoście badaniu „prawa w książkach”). Jednak staraliśmy się nie poprzestać na prostej konstatacji: jest dobrze albo jest źle, lecz także wskazać potencjalne możliwości osiągnięcia stanu pożądanego w postaci ochrony dóbr kultury adekwatnej do twórców (i adresatów) norm prawnych. Wyniki naszej analizy przedstawiamy w układzie stosunkowo rzadko stosowanym w pracach prawniczych: bezpośredniego wskazywania – w przypadku stwierdzenia zagrożeń – postulowanego remedium. Przedstawiamy równocześnie możliwie pełne spektrum zagrożeń i narzędzia w formule reżimu prawnego zapobiegania i eliminowania negatywnych efektów zaistnienia niepożądanego zdarzenia. Podstawą wnioskowania jest więc zarówno obowiązujący stan prawny, jak też formułowane postulaty. Celem opracowania jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy instrumentami prawnymi można wyeliminować, a przynajmniej w znaczącym stopniu ograniczyć zagrożenia dla dóbr kultury – ochronić je, czy istniejący zestaw narzędzi, (międzynarodowy, europejski i krajowy) reżim prawny ochrony dóbr kultury, jest adekwatny do wskazanych potrzeb. Formułując postulaty w odniesieniu do zmiany istniejącego reżimu prawnego, jesteśmy świadomi ograniczeń skuteczności domagania się realizacji postulatów prawnych, tzn. zmiany istniejących norm czy wytworzenia nowych, szczególnie w odniesieniu do polskiego porządku prawnego, a tym bardziej do innych niż krajowe porządków prawnych. Niemniej jednak prawnicy – jak uważamy – działania takie powinni podejmować.

2. Metodologia pracy

Metoda zastosowana w opracowaniu łączy cechy prognozy autodestrukcyjnej (mamy bowiem nadzieję, że potencjalne zagrożenia nie ziszczą

seums, scientific, artistic, educational and cultural institutions shall be considered as neutral and as such respected and protected by belligerents. The same respect and protection shall be due to the personnel of the institutions mentioned above. The same respect and protection shall be accorded to the historic monuments, museums, scientific, artistic, educational and cultural institutions in time of peace as well as in war”.

W Ustawie z Quebec termin zdefiniowane został następująco: „Loi sur les biens culturels *Remplacée*, 2011, c. 21, a. 262. Chapitre I Définitions et application Interprétation: 1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, les expressions et termes suivants signifient ou désignent:

a) «bien culturel»: une oeuvre d'art, un bien historique, un monument ou un site historique, un bien ou un site archéologique, une oeuvre cinématographique, audio-visuelle, photographique, radiophonique ou télévisuelle”.

Np. Minister Kultury i Dziedzictwa Narodowego w stanowisku w kwestii ochrony dóbr kultury współczesnej (pismo l.dz. DOZ-OAiK-6700/963/11(IG) z dnia 19 października 2011 r.) zawarł m.in. interpretację prawną, zgodnie z którą dobrami kultury są m. in. pomniki, miejsca pamięci, budynki, ich wnętrza i detale, zespoły budynków, założenia urbanistyczne i krajobrazowe, będące uznanym dorobkiem pokoleń, jeżeli cechuje je wysoka wartość artystyczna lub historyczna i kategoria ta jest szersza niż zabytków (stanowisko to zostało sformułowane w kontekście Art. 2 pkt 10 Ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym).

się lub jeśli już, to w skali minimalnej m.in. dzięki wskazywaniu zagrożeń z klasycznym podejściem dobierania właściwych narzędzi do realizacji określonego działania – osiągnięcia pożądanego efektu. Kryterium wyboru narzędzi w przypadku postulatów prawa jest ocena relacji kosztów do korzyści – kosztów wytworzenia i implementacji narzędzia, jednak z wyłączeniem (najtrudniej mierzalnego) kosztu politycznego. Badanie, ze względu na elementy składające się na katalog zagrożeń dla dóbr kultury, wychodzi poza klasyczną analizę DRR (*Disaster Risk Reduction*)², obejmując swoim zakresem zagrożenia, których źródłem jest (świadome i celowe) działanie lub zaniechanie ze strony człowieka/grupy ludzi (zwłaszcza adresatów prawa).

3. Zagrożenia i narzędzia przeciwdziałania

Badanie prawnicze instrumentów prawnych właściwych do ochrony dóbr kultury należy poprzedzić wskazaniem zagrożeń dla tychże dóbr ze świadomością, że racjonalny transnarodowy reżim prawny ich ochrony jest odpowiedzią na konkretne, realne zagrożenia³ występujące lub mogące wystąpić w danym czasie; wskazaniem – najlepiej kompletnym – jakie fakty (prawne) mogą wpływać na status faktyczny lub prawny dóbr kultury.

Do faktów, które mogą zmieniać status faktyczny lub prawny dóbr kultury, należą:

² „The conceptual framework of elements considered with the possibilities to minimize vulnerabilities and disaster risks throughout a society, to avoid (prevention) or to limit (mitigation and preparedness) the adverse impacts of hazards, within the broad context of sustainable development”. *Living with risk: a global review of disaster reduction initiatives*, The United Nations Office for Disaster Risk Reduction, New York 2004, s. 17. <http://www.unisdr.org/we/inform/publications/657>.

³ Przyjmuje się, że na reżim transnarodowy składają się zasady (określające rzeczywistość i wyznaczające cele – będące wynikiem funkcjonowania reżimu), normy (standardy zachowania definiowane w postaci praw i obowiązków), reguły (precyzujące prawa i obowiązki podmiotów) i procedury decyzyjne (określające procesy podejmowania decyzji i implementacji reżimu), wokół których następuje zbieżność aktorów na danym obszarze stosunków międzynarodowych. Tak pisze o tym Krasner: „Regimes can be defined as sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actor's expectations converge in a given area of international relations. Principles are beliefs of fact, causation, and rectitude. Norms are standards of behavior defined in terms of rights and obligations. Rules are specific prescriptions or proscriptions for action. Decision-making procedures are prevailing practices for making and implementing collective choice” (S.D. Krasner, *Structural causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening variables*, „International Organization” 1982, Vol. 36, № 2, s. 186, <http://ir.rochelleterman.com/sites/default/files/krasner%201982.pdf>). W ramach koncepcji reżimów międzynarodowych instytucje międzynarodowe traktowane są jako reguły i normy, które strukturyzują zachowania. To reguły i normy-instytucje określają zachowania m.in. państw i organizacji międzynarodowych; patrz R.O. Keohane, *International Institutions: Two Approaches*, [w:] R.J. Beck, A.C. Arendt, R.O. Vander Lugt, *International Rules. Approaches from International Law and International Relations*, Oxford-New York 1996, s. 193. Oczywiście to podejście nie jest jedynym. Keohane i Nye zdefiniowali reżimy jako „sets of governing arrangements” zawierających „networks of rules, norms and procedures that regularize behavior and control its effects” (R.O. Keohane, J.S. Nye, *Power and Interdependence*, Little, Brown, Boston 1977, s. 19).

- fakty których zaistnienie nie jest zależne od zachowania człowieka lub jest zależne w stopniu nieznacznym (stopniu który można zaklasyfikować do zależności o charakterze „efektu motyla”⁴);
- zachowania człowieka pod postacią działań albo zaniechań:
 - mających na celu oddziaływanie na dobro kultury w formie jego zniszczenia lub zagrabienia, lub przemieszczenia, lub ograniczenia możliwości korzystania przez osoby uprawnione;
 - nie mających na celu spowodowania w stosunku do dobra kultury powyższego efektu, do którego jednak doszło, gdyż nie zachowana została ostrożność wymagana w danych okolicznościach, zaś podmiot zachowania efekt swojego czynu przewidział albo mógł przewidzieć – wykazał się więc lekkomyślnością albo rażącym niedbalstwem.

Do faktów, których zaistnienie nie jest zależne od zachowania człowieka lub jest zależne w stopniu nieznacznym, zaliczyć można katastrofy naturalne albo awarie techniczne⁵, które nastąpiły niezależnie od zachowań człowieka lub których wywołanie, będące konsekwencją bezpośrednią albo pośrednią zachowań człowieka, nie było efektem zachowań nakierowanych na ich wywołanie (fakt zaistnienia może być normalnym albo anormalnym następstwem).

W przypadku katastrof naturalnych możliwa jest, w ograniczonym zakresie, prewencja (szczególnie w przypadku tych, które są związane z działalnością człowieka) jak i ograniczanie ich skutków. Nie podlega wątpliwości, że człowiek, poprzez swoje działania, może wywoływać katastrofy naturalne zagrażające dobrom kultury.

Katalog katastrof naturalnych jest wieloelementowy⁶, jednak elementy istotne dla wszystkich składają się na model, co dopuszcza i uzasadnia badanie jednego typu katastrofy naturalnej i formułowanie na tej podstawie wniosków, które mogą być aplikowane do wszystkich grup zjawisk.

⁴ *Butterfly effect* <http://www.wolframscience.com/reference/notes/971c> (dostęp: 20.12.2015 r.).

⁵ Posługujemy się terminologią ustawową, zgodnie z którą ilekroć jest mowa o: „2) katastrofie naturalnej – rozumie się przez to zdarzenie związane z działaniem sił natury, w szczególności wyładowania atmosferyczne, wstrząsy sejsmiczne, silne wiatry, intensywne opady atmosferyczne, długotrwałe występowanie ekstremalnych temperatur, osuwiska ziemi, pożary, susze, powodzie, zjawiska lodowe na rzekach i morzu oraz jeziorach i zbiornikach wodnych, masowe występowanie szkodników, chorób roślin lub zwierząt albo chorób zakaźnych ludzi albo też działanie innego żywiołu; 3) awarii technicznej – rozumie się przez to gwałtowne, nieprzewidziane uszkodzenie lub zniszczenie obiektu budowlanego, urządzenia technicznego lub systemu urządzeń technicznych powodujące przerwę w ich używaniu lub utratę ich właściwości”; (Ustawa z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej. Dz.U. z 2002 r., Nr 62, poz. 558).

⁶ Katastrofą naturalną, ekstremalnym zjawiskiem naturalnym, jest efekt działania żywiołu – sił natury, takich jak wstrząsy sejsmiczne, silne wiatry, intensywne opady, wyładowania atmosferyczne, długookresowe występowanie skrajnych temperatur, osuwiska, pożary, susze, powodzie.

Ze względu na częstotliwość występowania w Polsce i skalę skutków negatywnych, jako reprezentatywny w ujęciu geograficznym przypadek katastrofy naturalnej traktujemy powódź. Silne opady atmosferyczne, silne zlodowacenia na rzekach i zbiornikach wodnych występują w Polsce ze znaczną częstotliwością, powodując częste podtopienia i, w różnej skali, powodzie. Wystąpienie powodzi – zjawiska stanowiącego katastrofę naturalną – może być zarówno niezależne, jak też częściowo albo znacząco wywołane aktywnością człowieka. W katalogu tych aktywności – działań, które w różnym stopniu implikują powodzie lub wpływają na ich skalę, mieszczą się między innymi prace związane z tzw. regulowaniem rzek i wykorzystaniem terenów zalewowych. Doświadczenia Polski opiszemy na przykładzie powodzi, która miała miejsce w lipcu 1997 roku i szczególnie dotknęła dorzecze Odry, w tym Wrocław. Powódź ta spowodowała w Polsce straty materialne w wysokości 1 036 060 tys. zł⁷. W analizie przeprowadzonej *ex post* na potrzeby Sejmu wskazano, iż przez wieki podejmowane działania miały charakter doraźny, a efekty częstokroć odwrotne od zamierzonych, np. „skręcanie biegu rzeki” – prostowanie Odry zwiększało zagrożenie⁸. Bezpośrednio źródłem zagrożenia dla miast w biegu Odry była ochrona gruntów rolnych w Polsce po II wojnie światowej poprzez zagospodarowanie rolnicze polderów i budowę wałów przeciwpowodziowych powyżej Opola i Wrocławia. Również same miasta przyrastały ku rzece, co zwiększało zagrożenia i szkody. W ocenie wskazano na to, że „ważne elementy poniemieckiej infrastruktury przeciwpowodziowej, jak poldery i kanały ulgi, w czasach PRL i następnych zagospodarowano niezgodnie z ich przeznaczeniem: poldery zasiedlono lub zagospodarowano rolniczo, w kanałach ulgi powstały przeszkody. W rezultacie budowle te nie spełniły swego zadania, tj. nie obniżyły maksymalnych poziomów wody w Raciborzu, Brzegu, Opolu, Wrocławiu i innych miastach nad górną Odrą. Z dużym prawdopodobieństwem można przypuszczać, że gdyby te urządzenia były sprawne i zostały uruchomione we właściwym czasie, rozmiar szkód byłby mniejszy, jednak zalania wymienionych miast nie można było i tak uniknąć, ponieważ przepływ maksymalny Odry był znacznie wyższy od przyjętego w projekcie zwymiarowania owych budowli”. Przywołano zarazem doświadczenia zarówno z tego obszaru o charakterze historycznym („W okresie średniowiecza miasta rozwija-

⁷ Dane przedstawione przez C. Ślęzaka reprezentującego Ministerstwo Środowiska na Seminarium zorganizowanym dla posłów 8.04.2003 r. *Ochrona przeciwpowodziowa w Polsce*, Biuletyn Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu, s. 15.

⁸ Ocena przyczyn lipcowej powodzi, wnioski do programu ochrony przeciwpowodziowej w przyszłości na Odrze. Ekspertyza opracowana dla Sejmowej Komisji Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa. <http://www.odra.pl/pl/dokumenty/962585850.shtml> (dostęp: 20.12.2015 r.).

ły się na wyższych brzegach, na terenach wzniesionych ponad najwyższy znany wówczas poziom wody. Stare miasta usytuowane wewnątrz zakoli Odry otoczono z przeciwległej strony fosą przecinającą zakole. Szkody powodziowe w owych czasach polegały na przedostaniu się wezbranych wód do koryt fos, niszczeniu młynów i kół wodnych oraz zatopieniu osiedli biedoty usytuowanych poza murami miast. Fala powodziowa w korycie Odry przemieszczała się wolno i najczęściej wezbrania dopływów lewostronnych wyprzedzały falę Odry górskiej. Zdarzały się jednak katastrofalne powodzie, na przykład w 1501, 1515 czy 1736 roku, kiedy dochodziło do całkowitego zatopienia doliny Odry. Następowало wówczas przerywanie zakoli oraz nałożenie fal dopływów na fale Odry”) jak i innych obszarów („Wały, zbiorniki i inne urządzenia techniczne, wykonane na wysokim poziomie techniki w najbogatszych krajach, też okazują się zawodne przy wielkich powodziach. Dowiodły tego liczne przykłady, jak wielka powódź na Missisipi w 1993 r., powodzie w Kalifornii i Północnej Dakocie w 1997 r. oraz powódzie na Renie w 1993 r. i 1995 r. Najbardziej nowoczesne budowle i urządzenia nie uchroniły tam przed olbrzymimi zniszczeniami i stratami szacowanymi na dziesiątki miliardów dolarów. Na Renie regulacja górnego odcinka rzeki dla potrzeb żeglugi spowodowała na tym odcinku trzykrotne przyspieszenie fali powodziowej i w konsekwencji przyczyniła się do wzrostu maksymalnych poziomów wody na dolnym odcinku i zalania Koblencki, Bonn i Kolonii w grudniu 1993 r. i w styczniu 1995 r.”). Ogólnie rzecz ujmując, wskazane przyczyny powodzi są zgodne z ocenami, które legły u podstaw europejskiego prawodawstwa; zgodnie z Dyrektywą 2007/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Europy z dnia 23 października 2007 r. w sprawie oceny ryzyka powodziowego i zarządzania nim, „powodzie należą do naturalnych zjawisk, którym nie sposób zapobiec. Niemniej jednak niektóre działania człowieka (takie jak przyrost zabudowy mieszkaniowej i wzrost wartości majątku na obszarach zalewowych, a także obniżenie naturalnego potencjału retencyjnego gleby wskutek użytkowania gruntów) i zmiany klimatyczne przyczyniają się do zwiększenia prawdopodobieństwa występowania powodzi i zaostrzenia ich negatywnych skutków”⁹.

W przedmiotowym dla opracowania zakresie UE wskazuje najbardziej pożądane działania: „(14) W planach zarządzania ryzykiem powodziowym szczególnie nacisk powinno się położyć na zapobieganie, ochronę i przygotowanie. Aby rzeki miały więcej miejsca, plany te powinny w miarę możliwości uwzględniać utrzymywanie i/lub odnowę tarasów rozlewowych, a także środki zapobiegania szkodom związanym ze zdrowiem ludzkim, środowi-

⁹ Dz. Urz. UE L 288, t. 50 z 6.11.2007, s. 27-34.

skiem, **dziedzictwem kulturowym** [podkr. aut.] i działalnością gospodarczą oraz środki minimalizujące tego rodzaju szkody. Powinno się okresowo dokonywać przeglądów obejmujących elementy planów zarządzania ryzykiem powodziowym oraz, w razie konieczności, aktualizować je, uwzględniając możliwy wpływ zmian klimatu na występowanie powodzi”. Mocą art. 1 Dyrektywy państwa członkowskie UE, w tej grupie Polska, zobligowane zostały do „[...] ustanowienia ram dla oceny ryzyka powodziowego i zarządzania nim w celu ograniczania negatywnych konsekwencji dla zdrowia ludzkiego, środowiska, dziedzictwa kulturowego oraz działalności gospodarczej, związanych z powodzią na terytorium Wspólnoty”. Dyrektywa jest współzależna ze wskazującymi zarówno na związane z aktywnością człowieka źródła zagrożeń¹⁰, jak i na zawodność/ograniczoną efektywność prewencji¹¹ *Best practices on flood prevention, protection and mitigation*¹².

W Polsce w latach 2001–2009 opracowane zostały, w wykonaniu Ustawy z 18 lipca 2001 r. Prawo wodne¹³, „Studia ochrony przed powodzią”. W sporządzonych przez dyrektorów Regionalnych Zarządów Gospodarki Wodnej Studiach wskazano „obszary wymagające ochrony przed zalaniem z uwagi na ich zagospodarowanie, wartość gospodarczą lub kulturową”. W każdym więc przypadku, w odniesieniu do ochrony dóbr kultury, oczekiwać należy wysokiego standardu czynnej i biernej ochrony przeciwpowodziowej obiektów i budynków zaliczonych do dóbr kultury. Ta szczególna troska powinna być wykazywana już na etapie wstępnym, czyli planów zagospodarowania przestrzennego, w przypadku których istotnym elementem oceny oddziaływania powinny być dobra kultury w postaci obiektów, budowli i miejsc ich lokalizacji. Ten etap, zaliczany do prewencji, ma szczególne znaczenie. W opracowaniu nt. Dyrektywy 2000/60/WE (Ramowa Dyrektywa Wodna) jego autor wskazał na fakt, że Anglia i Walia stosują w zakresie ochrony przeciwpowodziowej podejście oparte na założeniu, że problemy należy rozwiązywać przez

¹⁰ „A.2. Society has become more vulnerable to natural hazards Although floods are natural phenomena, human activities and human interventions into the processes of nature, such as alterations in the drainage patterns from urbanisation, agricultural practices and deforestation, have considerably changed the situation in whole river basins. In the same time, exposition to risk and vulnerability in flood-prone area have been growing constantly”.

¹¹ „A.4. Flood protection is never absolute We will have to keep the unpredictability of nature in mind. Flood protection is never absolute and things can go wrong. The question regularly arises as to what safety is available at what price, and how much of the remaining risk has to be accepted by society. Risk management will be the appropriate method to deal with this challenge. Emergency and disaster planning in case of extraordinary situations are important, also in respect of environmental effects which can occur in case of flooding of industrial sites”.

¹² http://www.kzgw.gov.pl/files/file/Materialy_i_Informacje/Dyrektywy_Unijne/Powodziowa/Najlepsze%20praktyki%202004.pdf (dostęp: 20.12.2015 r.).

¹³ Dz.U. z 2005 r., Nr 39 ze zm.

zapobieganie przyczynom szkód¹⁴. Oczywiście jeśli odnieść się do rozwiązań szczegółowych, to przykładem jak „nie należy zaprzęgać konia za wozem” jest incydentalna ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o stosowaniu szczególnych rozwiązań podatkowych w związku z likwidacją skutków powodzi, która miała miejsce w lipcu 1997 r.¹⁵. Oczywiście Ustawa miała charakter reaktywny (co nie dziwi), jednak mechanizmu ulg i zwolnień nie przeniesiono do regulacji odnoszącej się do działań podmiotów antycypującej zagrożenia – nie wytworzono mechanizmu ulg i zwolnień finansowych pokrywających (częściowo) nakłady osób fizycznych i podmiotów niepaństwowych na ochronę przeciwpowodziową. Generalnie działania w odniesieniu do ochrony dóbr kultury przed zagrożeniami powodziowymi objąć powinny:

- uwzględnianie szczególnych potrzeb prewencji na etapie sporządzania planów zagospodarowania przestrzennego w odniesieniu do obiektów, budowli i przedmiotów o charakterze dóbr kultury;
- uwzględnianie wysokiego priorytetu dóbr kultury w działaniach czynnej i biernej ochrony przeciwpowodziowej;
- uwzględnianie wysokiego priorytetu dóbr kultury przy planowaniu i prowadzeniu akcji ratowniczej w przypadku powodzi.

Te reguły generalne, przy uwzględnieniu specyfiki zagrożenia, odnoszą się do wszelkiej działalności związanej z katastrofami naturalnymi i awariami technicznymi.

Zachowania człowieka w formie działań zmierzających do zniszczenia, zagrabienia, przemieszczenia, lub ograniczenia możliwości korzystania z dobra kultury przez osoby uprawnione – którymi z tytułu „prawa człowieka do dóbr kultury” (prawa, które można wyprowadzić z tzw. „praw człowieka III generacji”) jest każdy człowiek oraz wszystkie (kolejne) generacje gdyż „dobra kultury” zalicza się do kategorii rzeczy o charakterze depozytów międzygeneracyjnych – mogą przybierać formę czynu-przestępstwa przeciwko mieniu: kradzieży w różnym jej ujęciu kodeksowym (kodeksu karnego¹⁶) albo „zaboru albo przywłaszczenia dobra kultury” klasyfikowanego jako „zamach na dobra kultury”¹⁷. Czyn taki może być więc dokonywany zarówno w warunkach po-

¹⁴ O. McIntyre, *Dyrektywa 2000/60/WE ustanawiającej ramy dla działań Wspólnoty w zakresie polityki wodnej (Ramowa Dyrektywa Wodna) i jej znaczenie dla ochrony przeciwpowodziowej*, [w:] *Ochrona przeciwpowodziowa w Polsce, op.cit.*, s. 29 i n.

¹⁵ Dz.U. z 1997 r. Nr 113, poz. 736, z 1995 r., Nr 94, poz. 593.

¹⁶ W polskim porządku prawnym może więc przybrać formę: kradzieży, kradzieży z włamaniem, rozboju, kradzieży rozbójniczej albo wymuszenia rozbójniczego (art. 278–282 Kodeksu karnego).

¹⁷ „Art. 125. § 1. Kto, na obszarze okupowanym, zajęтым lub na którym toczą się działania zbrojne, naruszając prawo międzynarodowe, niszczy, uszkadza, zabiera lub przywłaszcza mienie albo dobro kultury, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. § 2. Jeżeli czyn dotyczy mienia znacznej wartości albo dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury, sprawca podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3” (Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny).

koju, i wtedy kwalifikowany jest jako „kradzież”, jak też w warunkach konfliktu zbrojnego (niemiedzynarodowego albo międzynarodowego), i wtedy kwalifikowany jest jako „zamach na dobro kultury” w postaci „zaboru lub przywłaszczenia”.

Czyny człowieka przeciwko dobrom kultury mogą być motywowane świadomym i celowym dążeniem do osiągnięcia korzyści majątkowych – mamy wtedy do czynienia z grabieżą. Konflikt zbrojny oraz towarzysząca mu słabość państwa i jego instytucji ułatwiają działanie sprawcy – łatwiej dopuścić się grabieży dobra kultury „zwykłemu złodziejowi” lub wyspecjalizowanym grupom przestępczym wtedy, kiedy państwo nie wykonuje lub wykonuje w ograniczonym zakresie efektywną kontrolę nad terytorium, na którym toczy się konflikt zbrojny. Doświadczenia od czasów najdawniejszych aż do chwili obecnej dowodzą, że w tych „sprzyjających” warunkach wzrasta liczba przestępstw pospolitych, do których należy również grabież dóbr kultury. Specyficzną podgrupą grabieży jest grabież dzieł sztuki „zorganizowana” przez stronę konfliktu zbrojnego. Z takimi przypadkami mamy zarówno do czynienia wtedy, gdy dopuszczają się jej kombataneci lub osoby towarzyszące pozostające pod efektywną kontrolą strony konfliktu zbrojnego, które wykonują rozkazy w zakresie grabieży, jak też wtedy, kiedy strona wojująca, nie sprawując w dostatecznym stopniu efektywnej kontroli nad kombatanetami lub osobami towarzyszącymi, nie uniemożliwia grabieży. W konkretnej sytuacji złodziej (którym jest zarówno „pospolity przestępca”, jak też strona-ucznestnik konfliktu zbrojnego, którym może być państwo albo inny podmiot) dąży do uzyskania korzyści majątkowej albo bezpośredniej poprzez sprzedaż dobra kultury pochodzącego z kradzieży albo zamachu, albo pośredniej poprzez przysporzenie majątku dobrem kultury będącej przedmiotem czynu przestępczego. Trudno o pełne dane w powyższym zakresie, jednak dokumentacja grabieży dóbr kultury w warunkach konfliktów zbrojnych jest nader obszerna¹⁸.

Instrumentem ochrony przed kradzieżą lub grabieżą jest przede wszystkim pozbawienie przedmiotu ochrony wartości rynkowej. Ten zabieg jest wbrew pozorom relatywnie łatwy, mało kosztowny i niezwykle efektywny.

¹⁸ Do protoplastów współczesnych złodziei należą krzyżowcy, którzy uczestnicząc w krucjacie (z założenia skierowanej przeciwko muzułmanom) zagrabili z Konstantynopola (mimo że był chrześcijański) „brązowe konie” (znajdują się w Bazylice św. Marka w Wenecji). Kontynuatorem ich dzieła była Francja prowadząca wojny pod rządami Napoleona, Wielka Brytania, tworząc swoje Imperium, a w końcu i państwa osi w trakcie II wojny światowej (Niemcy, Włochy i Japonia). We wszystkich wymienionych przypadkach systematyczne grabienie dóbr kultury i wywożenie ich było częścią zorganizowanej polityki państwowej prowadzonej na terytoriach okupowanych lub zależnych. Grabieże te miały charakter działań celowych. Szerzej patrz, m.in. pionierska w Polsce praca: S.E. Nahlik, *Grabież dzieł sztuki: rodowód zbrodni międzynarodowej*, Warszawa-Wrocław-Poznań 1958.

Wprowadzenie obowiązku i standardów międzynarodowych ewidencji dóbr kultury oraz pełna i bezwarunkowa implementacja norm restytucji dóbr kultury niezależnie od *modus operandi* nabywcy spowoduje, że rynek dzieł sztuki z kradzieży lub grabieży zostanie zawężony do małego grona potencjalnych nabywców, którzy cieszyć się będą dobrem w tajemnicy i samotności¹⁹.

Czynami przeciwko dobrom kultury mogą być też działania zmierzające do ich zniszczenia realizowane przez szaleńca lub grupy kierujące się skrajną ideologią. Osoby nie zrównoważone psychicznie dokonują wielu zamachów z użyciem przemocy. Dobra kultury należą do tych, które są jednym z przedmiotów takich ataków (innymi są ludzie, zwierzęta itp.). Ewidencja ataków w skali światowej jest niekompletna i jak się wydaje dobra kultury podlegają – w ewidencji i relacjach mediów – ilościowej aprecjacji, o czym decyduje globalne zainteresowanie przedmiotem ataku. Nie sposób zewidencjonować powodów ataku związanego z różnego rodzaju psychozami. Przedmiotem prób ataku były przede wszystkim znane dobra kultury²⁰. Jedy-
nym znanym sposobem ich zabezpieczenia jest ochrona fizyczna samego przedmiotu. Niemożność wcześniejszej identyfikacji i unieszkodliwienia potencjalnego sprawcy ataku powoduje, że jedynymi skutecznymi środkami są te, które polegają na oddzieleniu osób od obiektu poprzez kontrolę wejść i nie wpuszczanie na teren, w którym znajduje się dobro kultury, osób, których stan wskazuje na ograniczenie poczytalności, zakaz wnoszenia określonych przedmiotów, wyznaczenie stref bezpieczeństwa od obiektu, ochrona obiektu szykami itp., a przede wszystkim obecność ochrony. Granice możliwości stosowania tych zabezpieczeń wyznaczają możliwości operatora dobra kultury. W konsekwencji nie podlega wątpliwości, że nie każde dobro kultury będzie chronione, jednak te, które takiej ochronie podlegają, są chronione relatywnie skutecznie. Atak szaleńców był skierowany zarówno na portret Mona Lisy w Luwrze (wielokrotnie), Pietę w Bazylice Św. Piotra w Watykanie²¹, jak też instalację „La Nona Ora” autorstwa Maurizio Cattelana (przed-

¹⁹ Znaczące w tym zakresie są regulacje UNESCO *Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property*, 823 U.N.T.S. 231 (9.05.1972 r.), http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (dostęp: 20.12.2015 r.), UNIDROIT *Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects*, a także Council Regulation 3911/92, *On the Export of Cultural Goods*, 1992, O.J. (L 395), 1, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:039:00-01:0007:EN:PDF> (dostęp: 20.12.2015 r.), Council Directive 97/7/EEC, *On the Return of Cultural Objects Unlawfully Removed from the Territory of a Member State*, 1993 O.J. (L 074), 74, Directive 2001/38/EC of the European Parliament and of the Council of 5 June 2001 amending Council Directive 93/7/EEC on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32001L0038> (dostęp: 20.12.2015 r.).

²⁰ Szerzej M. Łuczak, *Policja w walce o zabytki*, Szczecin 2012.

²¹ 21 maja 1972 r. László Toth (Austriak z węgierskiego pochodzenia) młotkiem zniszczył twarz Maryi i prawe ramię.

stawiającej Jana Pawła II przygniecionego meteorytem) w Muzeum Zachęta²². Z atakowanych dzieł można by zestawić interesującą wystawę²³. Znacznie trudniej przeciwdziałać zorganizowanym grupom kierującym się ideologią fundamentalistyczną. Uczestnicy rewolucji francuskiej niszczący dzieła sztuki sakralnej, m.in. rzeźby w Katedrze Notre Dame²⁴, palący dzieła sztuki naziści w Berlinie i innych miastach w Niemczech, staliniści burzący 5 grudnia 1931 r. Sobór Chrystusa Zbawiciela w Moskwie, talibowie wysadzającym w 2001 r. posągi Buddy w Bamiyn (w Afganistanie) – wydaje się, że w przypadku tych działań możliwe jest jedynie zapobieganie poprzez wychowanie w duchu tolerancji. Należy jednak mieć świadomość, że skuteczność tych działań w skali masowej jest ograniczona, zaś działający zarówno indywidualnie, jak i zbiorowo kierują się we własnym odczuciu „dobrymi intencjami”, chroniąc jednostki i społeczeństwo przed negatywnym oddziaływaniem atakowanego obiektu lub przedmiotu najczęściej odmawiając mu charakteru dobra kultury, a bronią się przed atakiem na siebie/społeczeństwo/wartości najwyższe ze strony twórcy lub samego zmateriałizowanego lub nie dobra. Zdolność społeczeństw do obrony przed takimi zagrożeniami jest ograniczona zarówno w strukturach społeczno-terytorialnych słabych, jak np. Afganistan w okresie dominacji talibów, jak też w strukturach państw demokracji liberalnej, w których prawa do wielokulturowości i wolności nadużywają grupy tym ideom wrogie²⁵.

²² W 2000 r. polski polityk i parlamentarzysta LPR Witold Tomczyk uszkodził dzieło kierując się „wołą wyborców” („Zniszczyłem to, ponieważ oczekiwali tego moi wyborcy”), a dodatkowo domagał się odwołania Dyrektora Zachęty jako „urzędnika państwowego żydowskiego pochodzenia”, zob. <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/zarzuty-za-atak-na-rzezbę-papieża,115565.html> (dostęp: 20.12.2015 r.). W tym samym roku i w tej samej galerii aktor Daniel Olbrychski zniszczył prace składające się na wystawę Piotra Uklańskiego „Naziści”; w przypadku tego ataku motyw nie jest oczywisty, nie było to działanie spowodowane zaburzeniami emocjonalnymi czy zabieg marketingowy, kolorytu – który powinien był wpłynąć na postępowanie prawne – atakowi dodaje fakt, że był przeprowadzony w obecności uprzedzonej ekipy telewizyjnej.

²³ Znalazłby się na niej np.: „Szał uniesień” Podkowińskiego (pocięty 24.04.1894 r. przez Autora), „Wenus z lustrem” Valazqueza (zaatakowany w 1914 r. tasakiem przez sufrażystkę Mary Richardson jako seksistowski), „Dwie tahitańskie kobiety” Paula Gauguina (Burns zerwała płótno i zaczęła uderzać pięścią w obraz, na którym jej zdaniem „diabeł prezentuje nagość” i który był „zły” i „homoseksualny”, atakująca „przez zamontowane w głowie radio” słyszała „polecenia CIA” które wykonywała – zauważyć można powtarzalność wykonywania przez sprawców poleceń – Burns realizowała polecenia CIA, Tomczyk wyborców), posąg Seneki (zaatakowany młotkiem w 1998 r.), „Mona Lisa” (w 1974 r. i 2009 r. obraz był przedmiotem ataku kobiet), „Straż nocna” Rembranta (w 1975 r. bezrobotny nauczyciel de Rijk pociął obraz). W Zachęcie (od 3.12.2011 r. do 19.02.2012 r. miała miejsce wystawa Goshki Macugi Bez tytułu poświęcona atakom na dzieła sztuki, co dowodzi, że sam atak jest również *sui generis* aktem twórczym. Szerzej D. Gamboni, *The Destruction of Art: Iconoclasm and Vandalism Since the French Revolution*. London 1997.

²⁴ To ich działalność nazwał w 1794 r. biskup Henri Grégoire „wandalizmem”, nawiązując do starożytności (ataku na Rzym i zniszczeń, których sprawcami byli w 455 r. barbarzyńscy Wandalowie).

²⁵ 14 lutego 1989 r. ogłoszona została w Iranie fatwa Chomeiniego – polecenie zabicia Salmana Rushdiego, autora *Szatańskich werseł*. Po opublikowaniu 30.09.2005 r. w „Jyllands-Posten” (duńska gazeta) karykatur Mahometa, wybuchły rozruchy antyzachodnie, a redaktorowi naczelnemu pisma grożono śmiercią. W 2014

Innymi czynami wspomnianego typu są działania zmierzające do zniszczenia dobra kultury podejmowane i realizowane jako element wojny totalnej, a mające za przedmiot zniszczenie tkanki duchowej narodu. Z działaniami takimi mamy do czynienia od czasów najdawniejszych²⁶. Próba poszukiwania odpowiedzi na pytanie, dlaczego tak się dzieje, zmusza do spekulacji. Można uznać, że fakty te są następstwem sytuacji, w której, w przypadku dóbr kultury, mamy niestety do czynienia z konsekwencjami nadmiaru troski wyrażającej się w zaliczeniu do dóbr kultury zarówno za wartość dla całej ludzkości, jak i pojedynczego narodu, zdublowania – częściowo konkurencyjnych – reżimów prawnych prawa krajowego i prawa międzynarodowego regulującego ich status prawny, a także – co w takim przypadku już nie dziwi – pozytywnego i negatywnego konfliktu kompetencji instytucji i osób powołanych do działań na rzecz ochrony i zachowania dóbr kultury²⁷.

4. Instrumenty prawnej ochrony dóbr kultury w Polsce

Podstawowym aktem prawnym regulującym kwestię ochrony zabytków w Polsce jest Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (dalej u.o.z.), której przepisy formułują obowiązek państwa w zakresie ochrony, a na właścicieli i posiadaczy zabytków nakładają obowiązek opieki nad nimi. Artykuł 3 wspomnianej ustawy w pkt. 1 charakteryzuje pojęcie zabytku jako nieruchomości lub rzeczy ruchomej, ich części lub zespołów, będących dziełem człowieka lub związanych z jego działalnością i stanowiących świadectwo minionej epoki bądź zdarzenia, których zachowanie leży w interesie społecznym ze względu na posiadaną wartość historyczną, artystyczną lub naukową. Zgodnie z przepisami wspomnianej ustawy, organami ochrony zabytków są: minister właściwy do spraw kultury i ochrony

r. próba wystawienia w trakcie Festiwalu Malta spektaklu *Golgota Picnic* autorstwa Garcii wywołała protesty, które spowodowały zmianę programu festiwalu. W zorganizowanej akcji formułowano następujące stwierdzenia „[...] Pseudosztuka R. Garcii przedstawia Chrystusa jako zadufanego w sobie egoistę i antyspołecznego oszusta, patrona kościoła promującego molestowanie nieletnich. A wszystko to jest finansowane z naszych pieniędzy! [...] Pańska [wzór protestu adresowanego do Dyrektora Teatru w Bydgoszczy – przyp. aut.] decyzja jest nie tylko kpina z hierarchów Kościoła, którzy dołączyli do akcji protestacyjnej, jest przede wszystkim policzkiem wymierzonym wszystkim katolikom. Dla taniej sensacji, żerując na antychrześcijańskich nastrojach, zamierza Pan promować antysztukę pełną niemoralności i bluźnierstw. Jako katolik, człowiek sprzeciwiający się antychrześcijańskiej nienawiści, ale także jako podatnik współfinansujący instytucje kultury, żądam od Pana usunięcia z repertuaru emisji pseudosztuki *Golgota Picnic*”. Opublikowane na stronach Instytutu Edukacji Społecznej i Religijnej im. Ks. Piotra Skargi. <http://www.protestuj.pl/beda-drwic-z-jezusa---nie-mozemy-na-to-pozwolic-13,k.html> (dostęp: 16.08.2014 r.).

²⁶ Przykładem było zarówno zburzenie Kartaginy przez Scypiona Afrykańskiego Młodszego w 146 r. p.n.e., jak też spalenie w trakcie oblężenia w 48 r. p.n.e. przez wojska Juliusza Cezara biblioteki aleksandryjskiej.

²⁷ Szerzej J. Menkes, M. Menkes, *Dobra kultury – wspólnym dziedzictwem ludzkości. Analiza niedogmatyczna*, [w:] T. Gardocka, J. Sobczak (red.), *Prawna ochrona zabytków*, Toruń 2010, s. 11–31.

dziedzictwa narodowego, w którego imieniu zadania i kompetencje, w tym zakresie, wykonuje Generalny Konserwator Zabytków, a także wojewoda, w którego imieniu zadania i kompetencje, w tym zakresie, wykonuje wojewódzki konserwator zabytków²⁸. Zgodnie z art. 92 ust. 1, wojewódzki konserwator zabytków wchodzi w skład zespolonej administracji wojewódzkiej, kieruje wojewódzkim urzędem ochrony zabytków. Z kolei w art. 93 ust. 2 omawianego przepisu mowa jest o tym, iż wojewódzki konserwator zabytków w sprawach określonych w ustawie i w odrębnych przepisach jest organem pierwszej instancji, a Minister Kultury organem wyższego stopnia. Minister Kultury może powierzyć prowadzenie niektórych spraw z zakresu swojej właściwości kierownikom instytucji kultury wyspecjalizowanych w opiece nad zabytkami, dla których jest organizatorem. Nie będą oni mogli jednak wydawać decyzji administracyjnych – art. 96 ust. 1. Natomiast wojewodowie mogą powierzyć prowadzenie spraw z zakresu swojej właściwości, łącznie z możliwością wydawania decyzji administracyjnych, m.in. kierownikom instytucji kultury wyspecjalizowanych w opiece nad zabytkami (z wyłączeniem spraw dotyczących prowadzenia rejestru i wojewódzkiej ewidencji zabytków) – art. 96 ust. 3.

Z chwilą wejścia w życie ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, szczególnego znaczenia nabrały obowiązki w zakresie ochrony zabytków zawarte w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego. Na chwilę obecną określenie sposobu zagospodarowania i warunków zabudowy terenów następuje w drodze decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego lub decyzji o warunkach zabudowy tylko w przypadku braku miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Oznacza to, że warunki ochrony konserwatorskiej są określane już na etapie tworzenia studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy – art. 10 ust. 1 pkt 4 – oraz w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego – art. 15 ust. 2 pkt 4. Ponadto w sytuacji utraty mocy obowiązującej miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, decyzje o lokalizacji inwestycji celu publicznego, jak i decyzje o warunkach zabudowy, są uzgadniane z wojewódzkim konserwatorem zabytków – w odniesieniu do obszarów i obiektów objętych ochroną konserwatorską – art. 53 ust. 1 pkt 2 i art. 64 ust. 1.

Prowadzenie robót budowlanych przy obiekcie budowlanym wpisanym do rejestru zabytków lub na obszarze wpisanym do rejestru zabytków, wymaga, zgodnie z art. 39 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, przed wydaniem decyzji o pozwoleniu na budowę uzyskania pozwolenia na

²⁸ Art. 89 Ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami.

prowadzenie tych robót wydanego przez wojewódzkiego konserwatora zabytków. Wydanie przez organ architektoniczno-budowlany pozwolenia na prowadzenie robót budowlanych w stosunku do obiektów budowlanych i obszarów niewpisanych do rejestru zabytków, objętych ochroną konserwatorską na podstawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, stosownie do przepisu art. 39 ust. 3, dokonywane jest wyłącznie w uzgodnieniu z wojewódzkim konserwatorem zabytków. Organ ochrony zabytków jest zobligowany do zajęcia stanowiska w takich sprawach w terminie 30 dni od dnia otrzymania wniosku. Po bezskutecznym upływie wspomnianego terminu, zgłoszone warunki projektowe traktuje się jako uzgodnione.

Zgodnie z dyspozycjami norm prawnych zawartych w ustawie z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków wymaga sprzedaż, zamiana, darowizna lub oddanie w użytkowanie wieczyste nieruchomości wpisanych do rejestru zabytków, stanowiących własność Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, a także wnoszenie tych nieruchomości jako wkładów niepieniężnych (aportów) do spółek (art. 13 ust. 4). W przypadku sprzedaży nieruchomości wpisanej do rejestru zabytków, prawo pierwokupu przysługuje gminie – art. 109 ust. 1 pkt 4. Pozwolenie wojewódzkiego konserwatora zabytków jest również potrzebne przy wydaniu decyzji o podziale nieruchomości wpisanej do rejestru zabytków – art. 96 ust. 1a.

5. Problematyka charakteru i następstw

wpisu nieruchomości do gminnej ewidencji zabytków

Generalny Konserwator Zabytków stoi na stanowisku²⁹, że wpis nieruchomości do gminnej ewidencji zabytków nie ma cech władczej ingerencji w sferę praw jednostki. W jego opinii wpis ten stanowi jedynie uznanie pewnych faktów i nie tworzy po stronie właściciela nieruchomości nowej sytuacji prawnej. Generalny Konserwator formułuje pogląd, iż sytuacja prawna właścicieli nieruchomości kształtowana jest dopiero w zaskarżalnej w administracyjnym toku instancji decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu oraz w decyzji o pozwoleniu na budowę. Z przyjętego stanowiska wspomnianego podmiotu wynika jednocześnie, że obecny kształt przepisów o gminnej ewidencji zabytków traktowany jest jako rozwiązanie tymczasowe i trwają prace nad założeniami do nowego systemu ochrony zabytków w Polsce. Jednym z elementów tego systemu ma być ograniczenie znaczenia gminnej ewidencji zabytków.

²⁹ Generalny konserwator zabytków zaprezentował omawiane stanowisko m.in. w piśmie z dnia 22 lutego 2013 r. (znak pisma: DOZ-SK.ŁC-07/1/13, DOZ/886/13).

W doktrynie prawa administracyjnego prezentowane są stanowiska przeciwnie, zgodnie z którymi wpis do gminnej ewidencji zabytków nie pozostaje bez wpływu na sytuację prawną właściciela nieruchomości. Wpis taki nie stanowi jedynie prostego potwierdzenia stanu faktycznego. Gdyby tak było, to zmiany ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (odnoszące się do gminnej ewidencji zabytków) wprowadzone ustawą z dnia 18 marca 2010 r. należałoby uznać za pozbawione znaczenia prawnego, a zatem zbędne. Przyjąć należy, iż wpis do gminnej ewidencji zabytków ma wszelkie cechy rozstrzygnięcia deklaratoryjnego, tj. stwierdzającego, że dany obiekt jest zabytkiem i powinien zostać objęty ochroną określoną w przepisach prawa. Rozstrzygnięcie to podejmowane jest w formie współdziałania organu wykonawczego gminy z podmiotem wyspecjalizowanym, tj. właściwym wojewódzkim konserwatorem zabytków. Dokonanie wpisu (niezależnie od formy) powinno zostać poprzedzone przeprowadzeniem analizy spełnienia przesłanek określonych w art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Współdziałające organy powinny zatem ocenić, czy nieruchomość objęta wpisem jest czy nie jest zabytkiem w rozumieniu ww. przepisu. Dokonanie wpisu nie może stanowić dowolnego działania organów administracji publicznej, ponieważ skutkiem wpisu jest znaczące ograniczenie uprawnień właściciela nieruchomości związanych z wykonywaniem tego prawa. Występowanie tych ograniczeń nie budzi również wątpliwości w najnowszym orzecznictwie sądów administracyjnych, w tym w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego³⁰.

Wpis do gminnej ewidencji nie rozstrzyga (niezależnie od formy tego aktu), czy nieruchomość podlegająca wpisowi jest zabytkiem w rozumieniu art. 3 pkt 1 u.o.z., czy też nie. Nie jest to bowiem decyzja administracyjna, której treścią byłoby zakwalifikowanie danego obiektu jako zabytku w rozumieniu ww. przepisu, jednakże nieruchomość wpisana do ewidencji jest w obrocie prawnym traktowana jako zabytek. Skutkiem wpisu jest objęcie nieruchomości ochroną przewidzianą w przepisach prawa. Nie można zgodzić się z tezą, że sytuacja prawna właściciela nieruchomości kształtowana jest dopiero w zaskarżalnych w administracyjnym toku instancji decyzjach w sprawie warunków zabudowy, o pozwoleniu na budowę oraz w postanowieniu wojewódzkiego konserwatora zabytków w sprawie uzgodnienia tych decyzji. Postępowania te nie dotyczą w ogóle problemu statusu prawnego nieruchomości (zabytek lub niezabytek), w rozumieniu art. 3 pkt 1 u.o.z. Wpis do gminnej ewidencji zabytków wpływa na tok tych postępowań, ich długość

³⁰ Zob. uzasadnienie postanowienia NSA z dnia 14 września 2012 r., OSK 1950 Nr 12 oraz uzasadnienie wyroku WSA w Warszawie z dnia 3 lipca 2013 r., VII SA/Wa 2653/12.

oraz treść rozstrzygnięcia. Wynika to z faktu, że system ochrony zabytków ma charakter ściśle zinstytucjonalizowany. Możliwości prawnej ochrony zabytku warunkowana jest wydaniem decyzji administracyjnoprawnej ustalającej, iż dany obiekt jest zabytkiem w sensie prawa materialnego. W doktrynie podkreśla się, że stosowanie instrumentów ochrony zabytków względem obiektów, które nie są objęte żadną z indywidualizujących zabytek form ochrony zabytków, jest niedopuszczalne. Jednak ten pogląd nie jest zgodny z postanowieniami ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Tak więc ochrona zabytków na podstawie ogólnych przepisów prawa, np. art. 1 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym³¹, nie może być skuteczna, ponieważ w pierwszej kolejności należy rozstrzygnąć (w sposób określony przez prawo), czy określony obiekt rzeczywiście jest zabytkiem w rozumieniu art. 3 pkt 1 u.o.z.

W przepisach administracyjnego prawa materialnego, a także formalnego, występuje aktualnie rzeczywista luka prawna polegająca na braku jakiejkolwiek regulacji nakazującej informowanie właścicieli nieruchomości określonych w art. 22 ust. 5 pkt 3 o wpisie nieruchomości do gminnej ewidencji zabytków. Właściciel nieruchomości powinien być niezwłocznie informowany o zmianie stanu prawnego własnej nieruchomości w następstwie wydania decyzji stwierdzającej, że przedmiotowa nieruchomość zyskuje status prawny zabytku. Obligatoryjnym elementem tegoż informowania jest pouczenie właściciela nieruchomości o przysługujących mu środkach odwoławczy w odniesieniu do decyzji, na mocy której jego nieruchomość zyskała status zabytku. Taka regulacja w szczątkowym, przynajmniej minimalnym stopniu zabezpieczyłaby interesy właściciela nieruchomości. Sytuacja, w której właściciel nieruchomości dowiaduje się o wpisie do gminnej ewidencji zabytków dopiero na etapie postępowania o wydanie warunków zabudowy i zagospodarowania terenu, bądź (co gorsza) postępowania o wydanie pozwolenia na budowę lub rozbiórkę obiektu budowlanego, jest naruszeniem podstawowej zasady kodeksu postępowania administracyjnego, tj. art. 8, który brzmi następująco: „Organy administracji publicznej obowiązane są prowadzić postępowanie w taki sposób, aby **pogłębiać zaufanie** [podkr. aut.] obywateli do organów Państwa oraz świadomość i kulturę prawną obywateli”.

6. Dobra kultury w kontekście społeczno-narodowo-prawnym

Dobrom kultury we wszystkich systemach prawnych, również w kelsenowskim rozumieniu prymitywnych, przyznawano specyficzną rzeczowy

³¹ Tekst jednolity: Dz.U. z 2012 r., poz. 647 ze zm.

status prawny. W jego ramach są one traktowane jako taka podgrupa *res*, którymi obrót, co do zasady, jest poddany odrębnym, szczególnym regulacjom, a w niektórych przypadkach są one wręcz z obrotu wyłączone. Współczesne uzasadnienie tego stanu szczególnego statusu prawnego rzeczy odwołuje się do wartości niematerialnych uprzedmiotawianych w tychże chronionych rzeczach. W uzasadnianiu *ratio legis* ochrony przywołuje się kategorię dziedzictwa narodowego, do którego dobra kultury są zaliczane. W ramach kulturowego dziedzictwa narodowego dobra kultury są uznawane za rzeczowy czynnik współtworzący naród.

O tym, że takie narzędziowe pojmowanie roli dóbr kultury w wyróżnieniu narodu od innych narodów lub grup społecznych jest oczywiste świadczą najczęściej formułowane-prezentowane definicje narodu:

- „naród jest [...] historycznie ukształtowaną wielką zbiorowością społeczną stanowiącą wspólnotę [...] kultury [...] posiada [...] świadomość narodową, przejawiającą się w poczuciu odrębności od innych narodów, [...] symbolach.” i ścisłej korelacji z „czynnikami narodowotwórczymi” do których zalicza się „wspólną kulturę, historię, symbole”³²;
- „naród, zbiorowość ludzi wyróżniająca się wspólną świadomością narodową, czyli poczuciem przynależności do wspólnoty definiowanej aktualnie jako naród. Stanowi przede wszystkim wspólnotę idei i emocji, toteż pierwszym warunkiem jego ukształtowania się jest istnienie jednej lub wielu ideologii narodowych, tj. takich, których celem jest mobilizacja możliwie dużej części populacji, uznanej za naród. [...] Przynależność narodowa jest postrzegana jako fakt niezależny [...] od wolnego wyboru jednostki: wspólnota narodu jawi się jako coś danego, czemu sprzyja pojawiający się często mit wspólnego pochodzenia. [...] W skład świadomości narodowej wchodzi także wiedza na temat wspólnej przeszłości historycznej i swoistej kultury narodowej, która, choć znana większości członków narodu jedynie pobieżnie, stanowi zazwyczaj przedmiot ich dumy i znak rozpoznawczy w stosunkach z członkami innych narodów. [...]”³³;
- „...a grouping of people who share real or imagined [*Sic!* – przyp. aut.] common history, culture...”³⁴;

³² Popularne opracowanie Forum Nauczycieli Edukacji Obywatelskiej, <http://odn.zce.szczecin.pl/ju/edu-obyw/pliki/stronywo/spo/spoa5.pdf> (dostęp: 20.12.2015 r.).

³³ Encyklopedia PWN

³⁴ *The New Oxford American Dictionary*, Oxford University Press 2011, <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/nation> (dostęp: 20.12.2015 r.).

- „historycznie ukształtowana, trwała wspólnota ludzi, ukształtowana na fundamencie [...] uzewnętrznianym we wspólnej kulturze”³⁵.

Mimo że przywołana koncepcja narodu jest stosunkowo nowa (jest, jak się dość powszechnie przyjmuje, wytworem europejskiej odnośnej refleksji politycznej wieku XIX³⁶), a często jest oparta na świadomie zafałszowanych lub w najlepszym przypadku naukowo wątpliwych podstawach³⁷, to jest wykorzystywana powszechnie jako główny punkt wyjścia refleksji.

Z punktu widzenia naszych rozważań, kluczowym elementem definiovania narodu jest wspólnota kulturowa związana z istnieniem wspólnego dziedzictwa kulturowego, kultury narodowej współtworzonej przez kolejne generacje i współtworzącej dziedzictwo kulturowe współczesnego narodu. Dziedzictwa kulturowego ujmowanego tak szeroko, że na angielskie dziedzictwo kulturowe składać się mają pochodzące sprzed 4000–5000 lat wykopiska archeologiczne Stonehenge. I takie rozumienie angielskiego dziedzictwa kulturowego nie wyróżnia się niczym szczególnym na tle badań dziedzictwa kulturowego innych narodów; bo nie jest niczym szczególnym traktowanie jako elementu współtworzącego narodowe dziedzictwo kulturowe dóbr kultury materialnej wytworzonych wiele tysięcy lat przed ukształtowaniem się narodu, do którego dziedzictwa kulturowego dobro to należy, dobra wytworzonego przez grupę ludzi która na tym terenie (geograficznie pojmowanym) krócej lub dłużej przebywała, grupę o – w najlepszym przypadku – nieznanymi więziami genetyczno-kulturowych z członkami obecnego narodu etnicznego lub państwowego.

Często nawet pojmowanie narodu etnicznego zakłada jego oddzielenie/odróżnienie od grup, które dobro kultury wytworzyły; w modelowym sylogizmie „Polak-Katolik” nie ma miejsca na fałszywe religie, takie jak kultury pogańskie, ale to nie znaczy, że ktokolwiek ze zwolenników tego hasła za-

³⁵ J.W. Stalin, *Marksizm i kwestia narodowa*, [w:] *Dziela*, Warszawa 1949, t. 2.

³⁶ Cd. hasła „naród” w *Encyklopedii PWN*: „Chociaż naród w powszechnej świadomości wydaje się wspólnotą naturalną lub istniejącą od niepamiętnych czasów, w istocie jest on zjawiskiem świata nowożytnego, a w niektórych regionach zjawiskiem zupełnie nowym. Złudzenie naturalności i starożytności narodu wynika stąd, że w świadomości narodowej oraz ideologiach narodowych ulegają utrwaleniu pewne nastawienia, towarzyszące ludzkości od jej zarania (podział świata na „swoich” i „obcych”, etnocentryzm itp.), poza tym odwołują się one nierzadko do wzorów i symboli z bardzo odległej przeszłości. Ponadto, załączki ideologii narodowej pojawiły się w niektórych krajach jeszcze w średniowieczu. Pełny ich rozwój i powstanie świadomości narodowej były jednak reakcją na słabnięcie i rozkład tradycyjnych więzów solidarności regionalnej, klasowej, plemiennej itp., charakterystyczny dla świata nowożytnego. W pewnym sensie naród zawdzięcza swe istnienie dążeniu do odtworzenia tych więzów w poszerzonej skali za pomocą ideologii, stwarzającej na nowo słabnące poczucie przynależności. [...] Ponieważ w Europie procesy te wystąpiły w szczególnym nasileniu w XIX w., stosunkowo często wiązano „przebudzenie się narodów” z rozwojem kapitalizmu i tzw. społeczeństwa przemysłowego. Aczkolwiek jest to słuszne, należy brać pod uwagę, iż raz stworzone wzory ideologii narodowej odznaczają się pewną autonomią i mogą być stosowane również tam, gdzie warunki społeczno-gospodarcze są zupełnie inne”.

³⁷ Patr. np. S. Sand, *The Invention of the Jewish People*, London 2009, s. 23–64 i 95–107.

akceptowałby podważenie przynależności do polskiego dziedzictwa kulturowego posągu Światowida ze Zbrucza znajdującego się w zbiorach Muzeum archeologicznego w Krakowie, a tym bardziej, by propozycji przekazania posągu do placówki muzealnej znajdującej się na obszarze wytworzenia posągu (obecnie Ukraina) nie uznałby za przejaw zdrady narodowej, zaprzęstwa lub antypolskości.

Afgańczycy, wyznawcy islamu, stanowiący większość obywateli Afganistanu, z jednej strony traktują znajdujące się na terytorium państwa posągi Buddy jako dzieła sprzeczne z kanonem religii (w ramach ortodoksji miały miejsce akty ich niszczenia), z drugiej zaś strony sprzeciw wobec zbrojnej agresji ze strony ZSRR był budowany m. in. na fundamencie sprzeciwu wobec grabieży muzułmańskich dóbr kultury przez agresorów.

Republika francuska – owoc idei republikańskiej tak samo konsekwentnie zalicza do francuskiego dziedzictwa kulturowego i chroni przed obcymi mallowidła naskalne z Lascaux (np. datowane na 15 000 lat p.n.e. z jaskini Niaux) i katolicką Katedrę Notre Dame (co najmniej nieeksponując faktu, że płaskorzeźby na ścianach Katedry, tak jak i na wielu innych obiektach chrześcijańskiej sztuki sakralnej, zostały zniszczone przez rewolucyjny lud Paryża – *sui generis* protoplastów adeptów szkół koranicznych – medresy z Afganistanu, którzy niszczyli posągi Buddy, rewolucyjny lud za kontynuatora którego wartości uznaje się V Republika).

Takie ahistoryczne podejście zostało potwierdzone w prawie, czego dowodzi Konwencja ramowa Rady Europy o znaczeniu dziedzictwa kulturowego dla społeczeństwa zawierająca definicję „dziedzictwa kulturowego”³⁸. W konsekwencji takiego podejścia państw do dóbr kultury zaliczanych do narodowego dziedzictwa kulturowego, państwa chronią „własne” dziedzictwo kulturowe, domagają się restytucji, ale również restytucji odmawiają. Na zakres wykonywania prawa do narodowego dziedzictwa kulturowego składa się bowiem zarówno prawo państwa do odmowy zgody na wywóz dobra kultury za aktualną granicę państwową państwa położenia rzeczy jak i prawo państwa, w którego obecnych granicach państwowych rzecz została wytworzona, na którego obecnym terytorium przez dowolny okres czasu się znajdowała lub z którego obecnego terytorium została wywieziona bezpośrednio do miejsca-państwa, w którym się obecnie znajduje, do restytucji

³⁸ „a. cultural heritage is a group of resources inherited from the past which people identify, independently of ownership, as a reflection and expression of their constantly evolving values, beliefs, knowledge and traditions. It includes all aspects of the environment resulting from the interaction between people and places through time; b. a heritage community consists of people who value specific aspects of cultural heritage which they wish, within the framework of public action, to sustain and transmit to future generations”. Faro, 27 października 2005 r. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/199.htm> (dostęp: 20.12.2015 r.).

rzeczy (a co najmniej występowania z roszczeniem o restytucję). I to roszczenie restytucyjne jest niezależne od rodzaju lub nawet braku tytułu prawnego poprzedniego „właściciela” (nikt bowiem nie zadaje pytania, jaki tytuł prawny miał starożytny Egipt do rzeczy, których restytucji domaga się Arabska Republika Egiptu – czy np. nie pochodziły one z rabunku dzieł sztuki) do rzeczy ani od faktu-tytułu prawnego transferu rzeczy i tytułu własności zarówno zbywającego jak i nabywcy własności. Do zakresu wykonywania prawa do narodowego dziedzictwa kulturowego należy także prawo państwa, które w posiadanie dobra kultury weszło w bezpośredniej konsekwencji działań wojennych do odmowy restytucji. W tym przypadku użytkowo formułowane są zarówno koncepcje restytucji zastępczej jak i realizowane wizje unicestwienia lub osłabienia narodu poprzez odebranie mu materialnych symboli kulturowej tożsamości.

Równolegle jednak państwa uznały, w ramach prawnych wyznaczonych Konwencją w sprawie ochrony dziedzictwa kulturalnego i naturalnego³⁹, że dobra kultury są „dobrami wyjątkowymi i niezastąpionymi, niezależnie od tego, jakiego narodu stanowią one własność”, że „przedstawiają wartość wyjątkową” składając się na „dziedzictwo wszystkich narodów świata” i powinny być zachowane jako „światowe dziedzictwo całej ludzkości”.

7. Przypadki zagrożeń dla dóbr kultury w konfliktach zbrojnych⁴⁰

W przypadku zagrożeń dóbr kultury w konfliktach zbrojnych, można wskazać na typy stanów i sytuacji, w których występuje korelacja pomiędzy normą prawną, a zachowaniem jej adresata:

- 1) dobro kultury – zabytek zachowany:
 - a) ponoszący odpowiedzialność za dowodzenie siłami zbrojnymi zna prawo nakazujące ochronę dóbr kultury – zabytków⁴¹. Normy te są – w jego przypadku – zinternalizowane, normy regulujące dowodzenie nakazują respektowanie prawa ochrony dóbr kultury – zabytków, działa on w warunkach reżimu dowodzenia (wewnętrznego) nakazującego respektowanie prawa ochrony dóbr kultury – zabytków, dobro kultury – zabytek jest wskazane⁴², oznakowane

³⁹ Dz.U. z 1976 r. Nr 32, poz. 190, załącznik.

⁴⁰ Szerzej A. Kociolek-Pęksa, J. Menkes, *Ochrona zabytków na wypadek konfliktu zbrojnego i sytuacji kryzysowych – stosunek ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami do międzynarodowego prawa humanitarnego*, [w:] K. Zeidler (red.), *Prawo ochrony zabytków*, Warszawa-Gdańsk 2014, s. 414 i n.

⁴¹ W Polsce stan ten powinien być osiągnięty w wykonaniu Załącznika nr 1 do Instrukcji w sprawie przestrzegania zasad ochrony dóbr kultury w działaniach Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej.

⁴² M.in. w reżimie prawnomiędzynarodowym ochrony specjalnej lub wzmocnionej.

- w sposób umożliwiający jego identyfikację lub znajduje się w zaplanowanej strefie ochronnej⁴³ (art. 1 i 8 Konwencji haskiej)⁴⁴;
- b) ponoszący odpowiedzialność za dowodzenie siłami zbrojnymi nie kwalifikuje dobra kultury – zabytku jako celu wojskowego (uzasadnieniem uznania za cel wojskowy byłaby ocena efektywności prowadzenia operacji z użyciem sił zbrojnych na podstawie relacji kosztów zniszczenia do korzyści ze zniszczenia)⁴⁵;
- 2) dobro kultury – zabytek zniszczony:
- a) ponoszący odpowiedzialność za dowodzenie siłami zbrojnymi zna prawo nakazujące ochronę dóbr kultury – zabytków, normy te są – w jego przypadku – zinternalizowane, normy regulujące dowodzenie nakazującego respektowanie prawa ochrony dóbr kultury – zabytków, działa w warunkach reżimu dowodzenia (wewnętrznego) przyzwalającego na respektowanie prawa ochrony dóbr kultury – zabytków, działanie dowodzącego wynika z niewiedzy o tym, że atakuje obiekt objęty ochroną – dobro kultury – zabytek nie jest oznakowany w sposób umożliwiający jego identyfikację;
 - b) ponoszący odpowiedzialność za dowodzenie siłami zbrojnymi niszczy celowo konkretne dobro kultury – zabytek traktując to jako cel wojskowy w ramach metod prowadzenia walki zbrojnej, działań terrorystycznych lub konfliktu asymetrycznego;
 - c) ponoszący odpowiedzialność za dowodzenie siłami zbrojnymi niszczy celowo konkretne dobro kultury – zabytek traktując je jako cel wojskowy wykonując rozkazy – realizując cele strategiczne zmierzające do likwidacji tkanki kulturowej wroga w konflikcie z użyciem siły, który jest realizowany m.in. w formie konfliktu zbrojnego;
 - d) ponoszący odpowiedzialność za dowodzenie siłami zbrojnymi zna prawo nakazujące ochronę dóbr kultury – zabytków, normy te są – w jego przypadku – zinternalizowane, normy regulujące dowodzenie nakazują respektowanie prawa ochrony dóbr kultury – zabytków, działa on w warunkach reżimu dowodzenia (wewnętrznego) nakazującego i umożliwiającego respektowanie prawa ochrony

⁴³ Por. np. art. 7 Protokołu drugiego do konwencji haskiej.

⁴⁴ W przypadku polskich sił zbrojnych materię ogólną reguluje Decyzja nr 250/MON Ministra Obrony Narodowej w sprawie przestrzegania zasad ochrony dóbr kultury w działaniach Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 4 sierpnia 2005 r., Dziennik Urzędowy MON nr 15 z 31.08.2005 r., poz. 135.

⁴⁵ Jest on definiowany w MPH jako „obiekt, który ze względu na charakter, lokalizację, cel lub zastosowanie wnosi istotny wkład do działań wojskowych i którego całkowite lub częściowe zniszczenie, zajęcie lub zneutralizowanie w istniejących w danym momencie okolicznościach, przynosi określoną korzyść wojskową” (tak. np. Protokół drugi do konwencji haskiej).

dóbr kultury – zabytków, dobro kultury – zabytek jest oznakowane w sposób umożliwiający jego identyfikację. Decyzja o uchyleniu nietykalności – zniszczeniu została jednak podjęta w trybie art. 4 i 11 Konwencji haskiej w przypadku wyjątkowym – ze względu na niedającą się uniknąć konieczność wojskową w odniesieniu do dobra kultury – zabytku podlegającego ochronie specjalnej-wzmocnionej (oznaczony 3 znakami rozpoznawczymi) albo ze względu na kategoryczną konieczność wojskową⁴⁶ w odniesieniu do obiektów podlegających ochronie ogólnej (oznaczony znakiem rozpoznawczym)⁴⁷.

Każdy z powyższych modeli pozwala wskazać na czynniki służące ochronie dóbr kultury w konfliktach zbrojnych, a tym samym na ograniczanie zagrożeń.

8. Uwagi końcowe

Sumując, prawo jest jednym z narzędzi ochrony dóbr kultury. Niestety zbyt często jest tym narzędziem, w którym pokłada się nadmierne oczekiwania. Z jednej strony truizmem zdawać się może konstatacja, że samo prawo nie ochroni dóbr kultury przed zagrożeniami, z drugiej jednak wydać się może, że konstatacja ta jest obca twórcom prawa. U źródeł tego poglądu leży niedostosowanie reżimów implementacji prawa do regulacji normatywnych. Wydaje się jednak, że prawdziwym powodem dysharmonii pomiędzy regulacjami normatywnymi a instrumentarium ich wdrażania jest relatywna taniość i łatwość tworzenia prawa w porównaniu z kosztami i trudnościami jego implementacji. Powyższa próba przedstawienia wielu perspektyw postrzegania ochrony dóbr kultury w ujęciu prawniczym ma stanowić wstęp do badań wielodyscyplinarnych.

⁴⁶ Zgodnie z art. 6 (Poszanowanie dóbr kultury) Protokołu drugiego do konwencji haskiej.

⁴⁷ Regulacje krajowe winny określić uprawnionego i tryb podejmowania odnośnej decyzji.

ZASADA PODWÓJNEJ BEZPRAWNOŚCI W USTAWOWYCH ZNAMIONACH PRZESTĘPSTW WOJENNYCH W POLSKIM KODEKSIE KARNYM

REGULATIONS CONCERNING CRIMINALISATION OF THE WAR CRIMES IN THE POLISH PENAL CODE

Summary

The paper presents the challenges of the process of implementation of international humanitarian law. The intention of the author is to emphasize the military aspects of implementation. The author's main objective is to analyse the method of criminalization of the war crimes as are presented in the Polish penal code. The author also discusses the conditions under which the complex of criminal provisions meet the requirement of definiteness of an offence reflected in the Polish Constitution. The article indicates that, used by legislators, blanket criminal provisions due to penalize war crimes are causing the threat of shortage of definiteness. In conclusion, the article attempts to present the solutions for the problems recognized.

keywords: International Humanitarian Law, war crime criminalization, blanket criminal provisions

1. Implementacji MPHKZ z perspektywy funkcjonowania Sił Zbrojnych RP

Implementacja międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych (MPHKZ) w wąskim rozumieniu oznacza wprowadzenie jego postanowień do wewnętrznych porządków prawnych państw-stron. Szersze rozumienie pojęcia implementacji, nie dotyczy jedynie działań legislacyjnych podejmowanych przez państwa, lecz obejmuje również wszelkie inne czynności krajowych organów mające na celu skuteczne stosowanie norm zawartych w MPHKZ. W implementacji rozumianej szeroko istotne jest efektywne wdrożenie stosowania norm międzynarodowego prawa humanitarnego w organach i instytucjach państwowych funkcjonujących w systemie zapewnienia bezpieczeństwa narodowego. Szczególnie ważne jest przyswojenie

tych norm w armii, instytucji państwa wyposażonej w kompetencje do stosowania przemocy podczas konfliktów zbrojnych oraz w organach ochrony porządku prawnego i wymiaru sprawiedliwości kompetentnych do ścigania sprawców zbrodni prawa międzynarodowego.

Demokratyczne państwa prawa są odpowiedzialne za przygotowanie swych instytucji i funkcjonariuszy do prowadzenia sprawnych i legalnych działań. Kreuje to potrzebę przygotowania żołnierzy, nie tylko poprzez ich wyposażenie i wyszkolenie w stopniu umożliwiającym realizację zadań, ale również przez przygotowanie personelu sił zbrojnych do prowadzenia działań zbrojnych zgodnie z prawem.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej¹ w art. 26 ust 1 stanowi, iż „Siły Zbrojne Rzeczypospolitej Polskiej służą ochronie niepodległości państwa i niepodzielności jego terytorium oraz zapewnieniu bezpieczeństwa i nienaruszalności jego granic”. Jednak zadania sił zbrojnych nie ograniczają się do prowadzenia walki zbrojnej w czasie wojny. W polityce bezpieczeństwa Rzeczypospolitej Polskiej rośnie znaczenie wykorzystywania sił zbrojnych do udziału w operacjach militarnych prowadzonych poza granicami kraju i nie będących walką zbrojną w czasie wojny².

Globalizacja sfery bezpieczeństwa narodowego powoduje, że Siły Zbrojne RP (SZRP) coraz częściej prowadzą operacje militarne w warunkach toczącego się konfliktu zbrojnego, bądź w warunkach postkonfliktowych, poza granicami kraju w sytuacjach, w których nie dochodzi do bezpośredniego zagrożenia niepodległości czy niepodzielności terytorium RP. Przykładami takich działań była realizacja zadań przez Polskie Kontyngenty Wojskowe w krajach byłej Jugosławii, Iraku czy Afganistanu. Obecnie, tj. w styczniu 2016 r., Polscy żołnierze wykonują zadania w Afganistanie, Kosowie, Bośni i Hercegowinie oraz Republice Środkowej Afryki.

Wewnętrzną podstawę prawną do skierowania jednostek SZRP do udziału w operacjach militarnych prowadzonych przez ONZ, NATO, UE czy *ad hoc* stworzoną koalicję państw ustanawia art. 117 Konstytucji RP oraz ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa³.

Art. 2. pkt. 1 wyżej przywołanej ustawy stanowi, iż użycie Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa oznacza obecność jedno-

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78., poz. 483 ze zm.).

² Military Operation Other Than War (MOOTW): „wojskowe działania inne niż wojna obejmują użycie możliwości sił zbrojnych w szerokim zakresie operacji prowadzonych na mniejszą skalę niż wojna”; por. T. Szubrycht, *Analiza podobieństw operacji militarnych innych niż wojna oraz działań pozwalających zminimalizować zagrożenia asymetryczne*, „Zeszyty Naukowe Akademii Marynarki Wojennej” 2006, Nr 1 (164).

³ Tekst jednolity: Dz.U. z 2014 r., poz. 1510.

stek wojskowych poza granicami państwa w celu udziału w konflikcie zbrojnym lub dla wzmocnienia sił państwa albo państw sojusznicznych, misji pokojowej, akcji zapobieżenia aktom terroryzmu lub ich skutkom. Natomiast art. 7a. ww. ustawy nadaje jednostkom wojskowym działającym poza granicami kraju kompetencję do stosowania środków przymusu bezpośredniego, użycia broni i innego uzbrojenia dozwolonego na mocy wiążących Rzeczpospolitą Polską ratyfikowanych umów międzynarodowych oraz międzynarodowego prawa zwyczajowego.

Biorąc pod uwagę powyżej przedstawione uwarunkowania funkcjonowania sił zbrojnych, skuteczna implementacja MPHKZ winna doprowadzić do przestrzegania norm prawa humanitarnego wśród żołnierzy uczestniczących w operacjach militarnych w każdych warunkach i w każdym zakątku świata. Na respektowanie norm nie powinien wpływać wysoki poziom zagrożenia dla życia żołnierzy. Żołnierze nie mogą ulegać pokusie zawieszania stosowania norm prawa wojennego w sytuacji łamania prawa przez drugą stronę (lub strony) konfliktu. Nienaruszanie reguł prawa humanitarnego musi być nawykiem żołnierza w warunkach postępującej w czasie trwania konfliktów zbrojnych dewaluacji wartości życia ludzkiego i dehumanizacji przeciwnika.

Aby doprowadzić do wyżej wskazanego poziomu implementacji postanowień międzynarodowego prawa humanitarnego w siłach zbrojnych, niezbędna jest kontynuacja i usprawnianie działań w trzech podstawowych sferach: edukacyjnej, operacyjnej i karnej tj.:

- 1) doskonalenia systemu edukacji z zakresu MPHKZ w resorcie obrony narodowej;
- 2) doskonalenie algorytmów postępowania podczas planowania i prowadzenia działań bojowych uwzględniających postanowienia MPHKZ na wszystkich szczeblach dowodzenia w wojsku;
- 3) przygotowania organów zdolnych do efektywnego rozpoznawania i ścigania zbrodni prawa międzynarodowego i nowelizacja przepisów kryminalizujących przestępstwa wojenne.

Efektywny system kształcenia i szkolenia personelu sił zbrojnych z zakresu MPHKZ winien zapewnić znajomość norm prawa wojennego na poziomie zapewniającym jego przestrzeganie. Oprócz oczywistej konstatacji faktu, iż znajomość prawa jest warunkiem jego przestrzegania, należy zauważyć, że znajomość norm prawnych jest ważna także ze względu na bezpieczeństwo samych żołnierzy. W sytuacjach zagrożenia żołnierze rozumiejący normy prawa wojennego będą działali skutecznie i użyją dozwolonych metod i środków walki, co pozwoli uniknąć ofiar zarówno wśród żołnierzy, jak i ludności cywilnej. Tzw. syndrom Nangar Khel, który miał utrudniać żoł-

nierzom PKW Afganistan realizację zadań po aresztowaniu podejrzanych o popełnieniu zbrodni wojennych w 2007 r., winien być zneutralizowany właśnie znajomością norm prawa wojennego i prawa do samoobrony.

W resorcie obrony narodowej funkcjonuje Decyzja Nr 184/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 13 czerwca 2012 r. w sprawie organizacji systemu kształcenia i szkolenia z „Międzynarodowego Prawa Humanitarnego Konfliktów Zbrojnych” w resorcie obrony narodowej⁴, która tworzy system edukacji zobowiązujący do prowadzenia kształcenia we wszystkich jednostkach organizacyjnych resortu, określa wymagania edukacyjne, minimalną liczbę godzin szkoleniowych przeznaczanych na szkolenie z zakresu MPHKG. Postanowienia decyzji zostały wdrożone do programów szkolenia pododdziałów SZ RP, co spowodowało, że zajęcia z zakresu MPHKG realizowane są we wszystkich jednostkach wojskowych.

W opinii autora osiągnięcie właściwego poziomu implementacji wymaga uzupełnienia systemu edukacji o mechanizm ewaluacji. Poziom znajomości prawa wojennego wśród żołnierzy winien podlegać okresowej ocenie, podobnie jak sprawność fizyczna, znajomość regulaminów czy poziom wyszkolenia strzeleckiego. Celami ewaluacji winno być doskonalenie systemu kształcenia i szkolenia oraz podniesienie świadomości prawnej personelu sił zbrojnych.

Drugim warunkiem skutecznej implementacji jest doprowadzenie do stosowania w siłach zbrojnych algorytmów postępowania uwzględniających postanowienia prawa humanitarnego. Funkcjonujące w procesie planowania i prowadzenia działań zbrojnych standardowe procedury operacyjne muszą odnosić się do postanowień MPHKG np. w procesie typowania celów, tzw. targetingu, czy w procedurach postępowania z jeńcami wojennymi (zatrzymanymi).

W standardowych procedurach operacyjnych procesów decyzyjnych winien być przewidziany udział doradców prawnych dowódców wojskowych, których opinie w zakresie legalności planowanych działań dowódca winien znać przed podjęciem decyzji. Skonstruowane z uwzględnieniem wymagań MPHKG procedury operacyjne są swoistym przełożeniem generalnych norm prawnych na praktyczny sposób prowadzenia działań zbrojnych. Posługiwanie się na operacyjnym i taktycznym poziomie prowadzenia działań zbrojnych standardowymi procedurami operacyjnymi uwzględniającymi zasady konieczności wojskowej, proporcjonalności, odróżnienia i humanitaryzmu pozwoli na zapewnienie legalności tychże działań.

⁴ Dz. Urz. Min Obr. Nar. Nr 184, poz. 221.

Trzecim warunkiem skutecznej implementacji jest otoczenie sił zbrojnych systemem wymuszającym przestrzeganie prawa za pomocą sankcji. Taki system składać się powinien ze zrozumiałych norm prawa karnego i skutecznych organów wyposażonych w kompetencję do ścigania i orzekania w sprawach zbrodni prawa międzynarodowego. Jednostki organizacyjne prokuratury wojskowej wraz z Żandarmerią wojskową winny zapewnić skuteczne rozpoznawanie i ściganie karne żołnierzy popełniających zbrodnie międzynarodowe. A sądy wojskowe winny sprawiedliwie i szybko orzekać na podstawie przepisów implementowanych do polskiego prawa karnego. W niniejszej publikacji analizie poddany został karno-materialny aspekt implementacji do polskiego systemu prawnego przepisów kryminalizujących zbrodnie wojenne.

2. Kryminalizacja przestępstw wojennych

2.1. Umiejscowienie przepisów

Państwa-strony konwencji genewskich⁵, zgodnie z artykułami 49, 50, 129, 146 kolejnych konwencji, zobowiązały się do wydania przepisów wewnętrznych niezbędnych w celu ustalenia sankcji karnych w stosunku do osób, które popełniły albo wydały rozkaz popełnienia jakiegokolwiek z ciężkich naruszeń tych konwencji. Sygnatariusze zobowiązali się do kryminalizacji określonych odpowiednio w artykułach 50, 51, 130, 147 naruszeń konwencji już w czasie pokoju na wypadek powstania w przyszłości konfliktu zbrojnego. Realizacja powyższych deklaracji przez Rzeczpospolitą Polską nastąpiła w dniu wejścia w życie kodeksu karnego z 1997 r.⁶. Implementację przeprowadzono poprzez wprowadzenie do kodeksu karnego rozdziału XVI kryminalizującego przestępstwa przeciwko pokojowi, przestępstwa przeciwko ludzkości oraz przestępstwa wojenne.

Polski ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie przepisów przewidujących odpowiedzialność za popełnienie zbrodni wojennych do części powszechnej kodeksu karnego, rezygnując z alternatywnych rozwiązań: stworzenia odrębnego aktu prawa karnego kryminalizującego zbrodnie prawa międzynarodowego, bądź wprowadzenia tych przepisów do części wojskowej kodeksu karnego.

Rozwiązanie to wydaje się słuszne z dwóch powodów. Po pierwsze, są to przestępstwa o charakterze powszechnym i odpowiedzialność za ich popeł-

⁵ Art. 49, 50, 129, 146 Konwencji genewskich z 1949 r. dotyczących odpowiednio: I – polepszenia losu rannych i chorych w armiach czynnych, II – polepszenia losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu, III – traktowania jeńców wojennych, IV – ochrony ludności cywilnej podczas wojny (Dz.U. z 1956 r., Nr 38, poz. 171 ze zm.).

⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.; dalej k.k.).

nienie poniesie zarówno żołnierz, jak i osoba niebędąca żołnierzem, która się dopuściła czynów zabronionych prawem międzynarodowym. Natomiast zgodnie z normą zawartą w przepisach ogólnych dotyczących żołnierzy z części wojskowej kodeksu karnego w art. 317. §1 „przepisy części ogólnej i szczególnej tego kodeksu stosuje się do żołnierzy, jeżeli część wojskowa nie zawiera przepisów odmiennych”. Żołnierze są zatem objęci działaniem norm określających zasady odpowiedzialności karnej za popełnienie przestępstw wojennych tak samo, jak odpowiadają za popełnienie przestępstw pospolitych zarówno w czasie normalnego funkcjonowania państwa, jak i podczas trwania konfliktu zbrojnego.

Drugim powodem uzasadniającym umiejscowienie zbrodni prawa międzynarodowego w części powszechnej kodeksu karnego jest fakt, iż w aktualnie obowiązującym w Polsce prawie karnym nie został zachowany historycznie utrwalony podział na odrębne prawo karne powszechne i prawo karne wojskowe⁷. Włączenie wojskowego prawa karnego do powszechnego prawa karnego nie zlikwidowało wszystkich różnic między tymi systemami. Zasadnicza odmienność wynika z przedmiotów ochrony prawnokarnej. W prawie karnym wojskowym jest nim ochrona wewnętrznych stosunków społecznych funkcjonujących w wojsku opartych na przymusowości i posłuszeństwie w celu zachowania zdolności do prowadzenia walki. Natomiast przedmiotem ochrony przestępstw kryminalizowanych w rozdziale XVI kk jest: pokój międzynarodowy, życie i zdrowie grup narodowościowych, etnicznych, wyznaniowych oraz życie zdrowie i mienie osób nieuczestniczących w konflikcie zbrojnym.

2.2. Konstrukcja przepisów

Kryminalizacja przestępstw wojennych w polskim systemie prawa karnego nie była tematem wielu badań i polemik naukowych. Brak też linii orzeczniczej, gdyż wyroki w sprawie przestępstwa popełnionego w Nangar Khel w 2007 r. przez żołnierzy Polskiego Kontyngentu Wojskowego w Afganistanie są orzeczeniami precedensowymi. Dlatego w badaniu konstrukcji przepisów dokonanych w tym podrozdziale posłużono się poglądami doktryny i orzecz-

⁷ Podział taki obowiązywał od ustawy sejmowej z 1775 r. o uchwaleniu wojskowej procedury karnej „Procederu karnego wojskowego” oraz wojskowego kodeksu karnego – „Artykuły wojskowe”. I trwał przez praprawodawstwa zrywów powstańczych, akty prawne Księstwa Warszawskiego, Królestwa Polskiego i system prawny II Rzeczypospolitej oraz prawo karne polskich sił zbrojnych walczących w II wojnie światowej, aż do wprowadzenia kodeksu karnego z roku 1969, kiedy to po raz pierwszy w historii polskiego prawa zintegrowano w jednym akcie prawnym prawo karne wojskowe z prawem karnym powszechnym. Szerzej patrz M. Czyżak, *Odrębności polskiego prawa karnego wojskowego wobec prawa karnego powszechnego*, Wydawnictwo Akademickie i profesjonalne Spółka z o.o., Warszawa 2010, s. 19–65.

nictwem odnoszącym się do przepisów blankietowych innych niż dotyczących zbrodni wojennych.

Budowę norm przewidujących odpowiedzialność za popełnienie przestępstw wojennych, tj. przestępstw określonych w art. od 120 do 126b rozdziału XVI kk, oparto na zasadzie podwójnej bezprawności, co oznacza, że w opisach ustawowych znamion czynu zabronionego występują odesłania do przepisów prawa międzynarodowego, tj. „wbrew zakazom prawa międzynarodowego”, „niezgodnie z prawem międzynarodowym”.

W polskim prawie karnym określenie ustawowych znamion przestępstw poprzez odesłanie do innych przepisów nie należy do rzadkości i nie dotyczy tylko przestępstw z rozdziału XVI kodeksu karnego⁸. Stosowanie odesłań w przepisie karnym jest jednak rozwiązaniem, którego ustawodawca winien się wystrzegać, gdyż przepis taki naraża się na zarzut niespełnienia wymogów zapewnienia realizacji funkcji gwarancyjnej prawa karnego.

W piśmiennictwie przyjmuje się, że z zasady *nullum crimen sine lege poenale anteriori*, wyrażonej w art. 42 ust. 1 Konstytucji⁹, a na poziomie ustawowym powtórzonej w art. 1 § 1 kk, wynikają następujące reguły szczegółowe:

- czyny zabronione muszą być określone w ustawie (*nullum crimen sine lege scripta*),
- typy przestępstw muszą być określone w sposób maksymalnie dokładny (*nullum crimen sine lege certa*),
- niedopuszczalne jest stosowanie (niekorzystnej dla sprawcy) analogii i wykładni rozszerzającej,
- ustawa karna wprowadzająca odpowiedzialność karną lub ją zaostrzająca nie może działać wstecz (*nullum crimen sine lege praevia, lex retro non agit*)¹⁰.

Przepisy kryminalizujące przestępstwa wojenne w rozdziale XVI kk budzą poważne wątpliwości co do zgodności z dwoma pierwszymi regułami szczegółowymi zasady *nullum crimen sine lege poenale anteriori*.

W pierwszej kolejności badaniu poddano pierwszą regułę, aby stwierdzić czy wymóg niezgodności działania sprawcy z prawem międzynarodowym, ujęty w opisie ustawowych znamion przestępstwa, można uznać za wystarczający opis czynu zabronionego.

⁸ Patrz Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Oficyna Wolters Kluwer Business, Warszawa 2009, s. 268–269.

⁹ Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Zasada ta nie stoi na przeszkodzie ukaraniu za czyn, który w czasie jego popełnienia stanowił przestępstwo w myśl prawa międzynarodowego.

¹⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 9.06.2010 r. SK 52/08 <http://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?&po-kaz=dokumenty&sygnatura=SK%2052/08> (dostęp: 02.01.2016 r.).

Poglądy doktryny i orzecznictwa uznają, iż konstrukcja blankietowa przepisów karnych, w których ustawodawca w opisie karalnego czynu odsyła do innych przepisów prawa wewnętrznego, nie jest sprzeczną z zasadą *nullum crimen sine lege*. I tak postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 lipca 2009 r. I KZP 8/09 głosi, że „zasada *nullum crimen sine lege* oznacza, że odpowiedzialność karną może ponieść tylko sprawca czynu zabronionego przez ustawę, nie zaś, że ustawa taka będzie zawierała opis każdego możliwego zachowania, które wyczerpuje znamiona tego czynu. Nie można zatem stawiać znaku równości pomiędzy sformułowaniem »czyn«, użytym w art. 1 § 1 k.k., a koniecznością stworzenia kompletnego ustawowego katalogu zachowań określających poszczególne czynności sprawcze realizujące znamiona typów czynów zabronionych”¹¹.

Podobny pogląd wyraził Trybunał Konstytucyjny: „Trybunał w niniejszym wyroku akceptuje dominujący w doktrynie pogląd, iż w standardzie konstytucyjnym wyznaczonym przez zasadę *nullum crimen sine lege* mieści się możliwość wyjątkowego odesłania w przepisie ustawy (również konkludentne) ...”¹². Podobne konstatacje o dopuszczalności stosowania w prawie karnym norm blankietowych zawierają orzeczenia sądów państw europejskich zebrane przez Biuro Trybunału Konstytucyjnego w notatce ZOS-430-35/09¹³.

Czy dopuszczalność stosowania w przepisach karnych odesłań obejmuje również odwołania do przepisów prawa międzynarodowego?

Akceptację konstrukcji przepisu z odesłaniem do prawa międzynarodowego znajdujemy w orzeczeniu Sądu Najwyższego dotyczącym przepisu odwołującego się do handlu ludźmi. „Przepis art. 253 § 1 k.k. zawiera znamię »handlu ludźmi«, które w Kodeksie karnym nie zostało zdefiniowane”¹⁴. Sądy orzekające dokonały wykładni tego pojęcia w oparciu o Konwencję w sprawie zwalczania handlu ludźmi i eksploatacji prostytutki, podpisaną w Lake Success 21 marca 1950 r. i ratyfikowaną przez Prezydenta RP na podstawie ustawy z 29 lutego 1952 r. (Dz.U. Nr 13, poz. 78). Zgodnie postanowieniami tej Konwencji strony zobowiązały się ukarać każdego, kto dla zaspokojenia

¹¹ OSNKW 2009 Nr 8, poz. 61, „Prokuratura i Prawo” 2009, Nr 11–12, poz. 1, „Biuletyn SN” 2009, Nr 8, poz. 11 dotyczące Art. 231 kk (nadużycie uprawnień i niedopełnienie obowiązku przez funkcjonariusza publicznego).

¹² Jak wyżej, Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 2010 r. SK 52/08, s. 19.

¹³ Orzecznictwo sądów konstytucyjnych wybranych państw europejskich w przedmiocie przepisów blankietowych w prawie karnym - w związku ze sprawą SK 52/08 <http://www.trybunal.gov.pl/epublikacje/download/Orzecznictwo%20sądów%20konstytucyjnych%20dot.%20problematyki%20norm%20blankietowych%20w%20prawie%20karnym.pdf> (dostęp: 3.04.2012 r.).

¹⁴ Ustawodawca wprowadził do wewnętrznego systemu prawa definicję handlu ludźmi (Art. 115 § 22 kk) ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o Policji, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2010 r., Nr 98, poz. 626).

namiętności innej osoby dostarcza, zwabia lub uprowadza w celach prostytucji inną osobę, nawet za jej zgodą (art. 1 pkt 1 Konwencji)”¹⁵.

Warto zauważyć, że pomimo akceptacji przez SN w 2007 r. skazania na podstawie normy blankietowej odwołującej się w ustawowych znamionach przestępstwa do umowy międzynarodowej, ustawodawca wprowadził w 2010 r. do kodeksu karnego art. 115 § 22, w którym zdefiniował pojęcie handlu ludźmi.

Skoro wykazano, że doktryna i orzecznictwo nie stoją na stanowisku sprzeczności stosowania odesłań w konstrukcji przepisu karnego z regułą *nullum crimen sine lege scripta*, następnym krokiem jest zbadanie czy przestępstwa wojenne zostały stypizowane w sposób maksymalnie dokładny przez ustawodawcę, czyli zgodnie z regułą *nullum crimen sine lege certa*.

Konstrukcja przepisów o odpowiedzialności karnej za przestępstwa wojenne z rozdziału XVI kk wydaje się być niezgodna z regułami dobrej legislacji określonymi dla procesu stanowienia prawa w Polsce. Zasady techniki prawodawczej stanowią, iż w przepisie karnym odesłania w znamionach czynu zabronionego stosuje się tylko w przypadku, gdy bezprawność czynu polega na naruszeniu nakazów albo zakazów wyraźnie sformułowanych w innych przepisach tej samej ustawy albo postanowieniach umów międzynarodowych ratyfikowanych za zgodą wyrażoną w ustawie. W takim przypadku w przepisie karnym można odesłać do określonego przepisu tej samej ustawy albo do postanowienia oznaczonej umowy międzynarodowej, używając zwrotu: „Kto wbrew przepisom art. ... (postanowieniom art. ... umowy ...)”¹⁶.

Przepisy rozdziału XVI kk, wbrew zasadom techniki prawodawczej, nie odsyłają do określonego artykułu konkretnego traktatu. Przepisy nie odsyłają (co i tak byłoby niezgodne z zasadami legislacji) do postanowień całej określonej umowy międzynarodowej i nie odsyłają do postanowień zawartych w umowach międzynarodowych. Przepisy rozdziału XVI kk odsyłają do prawa międzynarodowego, na które składają się traktaty, zwyczaj międzynarodowy, zasady prawne oraz orzecznictwo (szerzej w podrozdziale 2.3.). Taka konstrukcja przepisów powoduje stan niedookreśloności norm prawa karnego kryminalizujących przestępstwa wojenne.

Skutkiem tworzenia przez ustawodawcę niedookreślonych przepisów karnych może być uznanie ich niekonstytucyjności. Sytuację taką dokumentuje przytoczony poniżej fragment uzasadnienia pochodzący z orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, który uznał za niezgodny z Konstytucją RP

¹⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2007 r. III KK 370/06, <http://www.lexlege.pl/orzeczenie/57783/iii-kk-370-06-postanowienie-sadu-najwyzszego-izba-karna/>

¹⁶ § 75. ust 1. i 2. Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie "Zasad techniki prawodawczej" (Dz.U. z 2002 r., Nr. 100, poz. 908 ze zm.).

przepis prawa prasowego zakazujący pod groźbą kary komentowania tekstu sprostowania w tym samym numerze lub audycji, w którym sprostowanie zostało opublikowane, ze względu na niezachowanie w przepisie wymaganej precyzji określenia czynu zabronionego: „Reguła określoności wskazana w art. 42 Konstytucji wyznacza zatem dopuszczalność i zakres stosowania norm prawa karnego o charakterze blankietowym. Nakazuje ona ustawodawcy takie wskazanie czynu zabronionego (jego znamion), aby zarówno dla adresata normy prawnokarnej, jak i organów stosujących prawo i dokonujących »odkodowania« treści regulacji w drodze wykładni normy prawa karnego nie budziło wątpliwości to, czy określone zachowanie *in concreto* wypełnia te znamiona. Skoro bowiem ustawa wprowadza sankcję w przypadku zachowań zabronionych, nie może pozostawiać jednostki w nieświadomości lub nawet niepewności co do tego, czy pewne zachowanie stanowi czyn zabroniony pod groźbą takiej sankcji”. Stanowisko takie jest akceptowane w piśmiennictwie prawa karnego. Wskazuje się m.in., iż „nieokreśloność przestępstwa może też polegać na świadomym posługiwaniu się przez ustawodawcę opisem przestępstwa wprawdzie precyzyjnym, ale tak szerokim, że jego dosłowne stosowanie nie jest możliwe i wybór przypadków, w których dochodzi do odpowiedzialności karnej, pozostawia się organom ścigania i sądom. [...] Jest oczywiste, że w państwie praworządnym nie powinny obowiązywać przepisy karne, których ustawodawca nie potrafi sformułować dokładnie ani nie ma na to szans w drodze orzecznictwa SN. Ustawodawca nie może bowiem wymagać od obywatela uświadomienia sobie zakresu zakazu karnego i przestrzegania go, jeżeli sam nie jest w stanie określić wyraźnie jego granic” (L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. 9, Warszawa 2003, s. 16)¹⁷ i inne orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 5.03.2003 r., sygn. K7/01 (OTK ZU nr 3/A/2003, poz. 19) dotyczące postępowań lustracyjnych w którym stwierdził, że „niejasność prawa i jego nadmierne skomplikowanie prowadzą do rozbieżnych interpretacji. Dotyczy to zwłaszcza tzw. kaskadowych odesłań, które mogą spowodować kompletną nieczytelność przepisu. W takich wypadkach powstaje konieczność oceny, czy ustawodawca utrzymał się jeszcze w zakresie przysługującej mu swobody regulacyjnej”¹⁸.

Reasumując stwierdzić należy, iż blankietowa konstrukcja przepisów kryminalizujących przestępstwa wojenne w kodeksie karnym nie jest czymś wyjątkowym. Przepisy karne odsyłające są w doktrynie i orzecznictwie uważane za dające się pogodzić z realizowaną przez prawo karne funkcją gwarancyjną.

¹⁷ Wyrok z dnia 5 maja 2004 r. Trybunału Konstytucyjnego 39/5A/2004 sygn. akt P2/03 http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/teksty/otkpdf/2004/P_02_03.pdf (dostęp: 12.01.2016 r.).

¹⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5.03.2003 r. sygn. akt K 7/01. <http://prawo.legeo.pl/prawo/wyrok-trybunalu-konstytucyjnego-z-dnia-5-marca-2003-r-sygn-akt-k-701/> (dostęp 12.01.2016 r.).

Jednak zakres dopuszczalności stosowania odesłań w konstrukcji przepisu karnego wyznacza konstytucyjny wymóg „określoności” normy. „Określoność”, zgodnie z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego, wyznacza zdolność adresatów norm i zdolność organów stosujących prawo i dokonujących „odkodowania” treści regulacji do jej rozumienia. Ustawodawca nie powinien wymagać od żołnierza uświadomienia sobie zakazu karnego, którego sam nie jest w stanie precyzyjnie określić.

Przyczyny, dla których aktualnie obowiązujące przepisy nie spełniają wymogu „określoności” przedstawia kolejny podrozdział.

2.3. Źródła międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych (MPHKZ)

W opisach ustawowych przestępstw wojennych powtarzają się takie zwroty, jak „wbrew zakazom prawa międzynarodowego”, „niezgodnie z prawem międzynarodowym”. Tego typu sformułowania odsyłają do międzynarodowego prawa wojennego, na które składają się: umowy międzynarodowe, zwyczaj międzynarodowy, ogólne zasady prawa i orzecznictwo¹⁹.

Do konwencyjnych źródeł międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych M. Marcinko²⁰ zalicza 25 traktatów, a przywołana wcześniej decyzja Ministra Obrony Narodowej²¹ 36 traktatów. Odwołanie przepisu karnego do postanowień prawa międzynarodowego generuje trudność nie tylko poprzez znaczną liczbę umów stanowiących źródło międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych. Odkodowanie znamion czynu zabronionego utrudnia także odmiennosc konstrukcji norm traktatowych od norm prawa karnego. Normy konwencyjne były tworzone w celu związania państw postanowieniami umowy międzynarodowej, a nie w celu określenia zasad indywidualnej odpowiedzialności karnej człowieka za naruszenie postanowień traktatu. Jak zauważa A. Wyrozumska, „naturą prawa międzynarodowego jest jego niedookreśloność, na którą wpływają różne czynniki (problemy lingwistycznych, formułowanie umów międzynarodowych w wielu językach, zamierzone i niezamierzone luki, powody polityczne”²².

Drugim źródłem międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych jest prawo zwyczajowe. Adresat norm prawnokarnych winien

¹⁹ Artykuł 38 Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (Dz.U.z 1947 r., Nr. 23, poz. 90).

²⁰ M. Marcinko, *Historia, źródła i podstawowe zasady międzynarodowego prawa humanitarnego*, <http://www.smpm.tbsp.pl/upload/Zasady%20i%20normy%20MPH.doc> (dostęp 02.01.2016 r.).

²¹ Decyzja Nr 184/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 13 czerwca 2012 r. w sprawie organizacji systemu kształcenia i szkolenia z „Międzynarodowego Prawa Humanitarnego Konfliktów Zbrojnych” w resorcie obrony narodowej.

²² A. Wyrozumska (red.), *Granice swobody orzekania sądów międzynarodowych*, Łódź 2014, s. 1, http://wpia2.uni.lodz.pl/zeupi/Publikacje/Anna_Wyrozumska_red_Granice_swobody_orzekania_sadow_miedzynarodowych.pdf (dostęp: 12.01.2016 r.).

znać nie tylko podstawowe normy traktatowe, ale i praktykę państw i organizacji międzynarodowych w zakresie ich stosowania i interpretacji. Jest to szczególnie ważne ze względu na trwający proces rozciągania obowiązującego postanowień traktatowych dotyczących międzynarodowych konfliktów zbrojnych na niemiędzynarodowe konflikty zbrojne. Proces obejmowania konfliktów wewnętrznych normami przyjętymi przez państwa w traktatach za obowiązujące w konfliktach zewnętrznych następuje nie poprzez zawierania nowych umów, lecz w drodze uznawania za zwyczaj międzynarodowy kształtowany orzecznictwem i poglądami doktryny²³. Typizacja przestępstw wojennych w polskim kodeksie karnym nie wyszczególnia odrębnie czynów zakazanych podczas międzynarodowych i niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych. Rozróżnienie takie zawiera Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego i szereg aktów kryminalizujących przestępstwa wojenne w innych krajach.

Trzecim źródłem norm MPHKG są ogólne zasady prawa pełniące w międzynarodowym prawie rolę porządkującą, wskazując sposób stosowania norm traktatowych i zwyczajowych oraz służąc jako reguły interpretacyjne przy stosowaniu innych norm. Ogólne zasady prawa wymagają dowodu ogólnej akceptacji i uznania, tak jak w przypadku prawa zwyczajowego. Są jednak różnym od prawa zwyczajowego źródłem prawa, nie zależą bowiem od zachowania państwa, przeciwko któremu są powoływane. Wymóg praktyki państw jest znacząco złagodzony. Podstawowymi zasadami MPHKG są zasady: konieczności wojskowej, humanitaryzmu, rozróżnienia oraz proporcjonalności. Żołnierz, jako adresat normy karnej kryminalizującej przestępstwa wojenne, musi nie tylko znać powyższe zasady, ale winien w warunkach bojowych w ciągu sekund określić, która z zasad powinna mieć pierwszeństwo w konkretnej sytuacji. Czy zasada konieczności wojskowej²⁴ i zasada proporcjonalności²⁵ daje mandat do użycia broni mogącej spowodować przypadkowe ofiary wśród ludności cywilnej (jeśli nie ma innej metody osiągnięcia celu operacji lub umożliwi to zminimalizowanie strat własnych), czy też przeważa zasada rozróżnienia²⁶

²³ J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, IRORC 2005, <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf> (dostęp: 12.01.2016 r.).

²⁴ Nakazująca stronom walczącym, aby w działaniach wojennych używały tylko tyle siły, ile potrzebne jest, aby osłabić siłę militarną wroga, jednocześnie nie raniąc osób oraz obiektów cywilnych ponad miarę konieczną do osiągnięcia bezpośredniej korzyści wojskowej.

²⁵ Nakazuje, aby straty w ludności cywilnej lub jej obrażenia, jak również zniszczenia obiektów należących do ludności cywilnej, które mogą wystąpić na skutek ataku celów wojskowych, nie mogły przeważać nad korzyściami wojskowymi z przeprowadzenia takiego ataku.

²⁶ Nakazująca stronom konfliktu, aby zawsze dokonywały rozróżnienia pomiędzy ludnością cywilną a kombatanami oraz pomiędzy obiektami cywilnymi a obiektami wojskowymi gdy planują lub przeprowadzają

i humanitaryzmu²⁷, co spowoduje niewykonanie zadania bojowego i/lub wywoła ofiary we własnych szeregach.

Czwartym, według Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości jedynie posiłkowym, źródłem MPHKZ są decyzje sądowe. W tradycyjnym ujęciu sędziowie stosują prawo międzynarodowe, tj. umowy międzynarodowe, zwyczaj międzynarodowy oraz ogólne zasady prawa. Jednak rola międzynarodowych trybunałów karnych orzekających w sprawach popełnienia zbrodni prawa międzynarodowego wykracza poza stosowanie prawa i ma zdecydowanie prawotwórczy charakter. „Nie ulega jednak wątpliwości, że interpretacja prawa może prowadzić do nowatorskich, prawotwórczych stwierdzeń sądu. Widać ten proces chociażby na przykładzie orzeczenia Izby Apelacyjnej w sprawie *Tadić* [...] gdzie Izba Apelacyjna wykroczyła poza interpretację istniejącego prawa, zatarła granicę między konfliktem międzynarodowym i konfliktem wewnętrznym i rozszerzyła znacząco kategorię osób podlegających ochronie w przypadku konfliktu zbrojnego. Działania te bez wątpienia mogą być kwalifikowane jako zmieniające prawo”²⁸.

Konkludując powyższe ustalenia stwierdzić należy, iż międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych cechuje znaczny stopień złożoności oraz zmienności. Odwoływanie się przez przepisy o odpowiedzialności karnej za przestępstwa wojenne do wymogu niezgodności czynu z prawem międzynarodowym oznacza konieczność uświadomienia przez adresatów normy, że czyn popełniony został niezgodnie z normami traktatowymi, z normami zwyczajowymi, z zasadami prawnymi, a w końcu z prawotwórczymi orzeczeniami sądowymi.

Sytuacja taka powoduje „niedookreśloność” normy prawnokarnej. Norma karna ma jasno określać, czy zachowanie *in concreto* wypełnia znamiona przestępstwa. Tymczasem przepisy z rozdziału XVI kk są na tyle niedookreślone, niejasne i ocenne, że prokurator prowadzący postępowanie przygotowawcze w sprawie o popełnienie w Nargan Khel zbrodni wojennych określonych w art. 122 i 123 kk powołał biegłego z zakresu międzynarodowego prawa humanitarne konfliktów zbrojnych, aby ten dokonał subsumcji ustalonego stanu faktycznego do stanu prawnego określonego prawem międzynarodowym. Oznacza to, że normy określające zasady ponoszenia odpowiedzialności karnej za przestępstwa wojenne są nieczytelne nie tylko dla adresatów, ale i dla organów stosujących prawo.

działania wojenne.

²⁷ Nakazująca unikanie powodowania niepotrzebnego cierpienia, ochronę osób nie biorących udziału w walkach.

²⁸ A. Wyrozumska (red.), *op.cit.*, s. 22–23, 37.

Obowiązująca w polskim systemie prawnym zasada *nullum crimen sine lege certa*, wyrażającą postulat określoności czynu zabronionego i nakazującą precyzyjnie opisać typy przestępstw, tak aby można było dokładnie rozgraniczyć zachowania dozwolone od zabronionych, doznaje w przepisach kryminalizujących przestępstwa wojenne poważnego uszczerbku.

3. Wnioski

Postanowienia międzynarodowego prawa humanitarnego przewidujące wprowadzenie do wewnętrznych systemów prawnych państw stron Konwencji Genewskich przepisów przewidujących ściganie sprawców najpoważniejszych przestępstw prawa międzynarodowego, w tym zbrodni wojennych, zostały zaimplementowane do polskiego prawa karnego w roku 1997. Rok później uchwalony został Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, który wszedł w życie 1 lipca 2002 r., a został ratyfikowany przez Rzeczpospolitą Polską 12 listopada 2001 r.

Po związaniu się przez Rzeczpospolitą Polską postanowieniami Statutu Rzymskiego, przepisy kodeksu karnego dotyczące przestępstw wojennych zostały znowelizowane²⁹. Celem nowelizacji było, jak wynika z uzasadnienia do ww. ustawy, m.in. „wprowadzenie do polskiego Kodeksu karnego nowych typów czynów zabronionych, nawiązujących do karnomaterialnych przepisów Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego z dnia 17 lipca 1998 r., w tym zbrodni przeciwko ludzkości i niektórych zbrodni wojennych”. Polski ustawodawca nie zdecydował się jednak na wyraźną kryminalizację każdej zbrodni opisanej w odpowiednich umowach międzynarodowych i uznanej na podstawie międzynarodowego prawa zwyczajowego, pozostawiając przepisy oparte na generalnym i otwartym odwołaniu do międzynarodowego prawa i ograniczając się do określenia zakresu kar za popełnienie przestępstw.

Porównując polskie rozwiązanie z działalnością legislacyjną innych państw, daje się zaobserwować, iż w demokratycznych państwach prawa różnie liczba wyraźnych kryminalizacji. Daje się również zaobserwować upodobnienie przepisów przewidujących odpowiedzialność za zbrodnie prawa międzynarodowego implementowane do wewnętrznych systemów prawa innych państw do postanowień Statutu Rzymskiego.

Jakkolwiek Statut Rzymski nie zawiera wprost zobowiązania państw-stron do włączenia zasad odpowiedzialności za główne zbrodnie prawa międzynarodowego do krajowych systemów prawnych, to pośrednio wpły-

²⁹ Ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o Policji, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 98, poz. 626).

wa na legislatorów państw-stron poprzez obowiązywanie zasady komplementarności jurysdykcji MTK wobec sądów krajowych. Zgodnie z tą zasadą, MTK jest sądem ostatniej kolejności orzekania, tzn. będzie sądem właściwym, jeśli sąd krajowy właściwy dla przeprowadzenia postępowania karnego w danej sprawie nie jest tym zainteresowany, tj. nie wyraża woli jego wszczęcia i przeprowadzenia, bądź też jest niezdolny do rzeczywistego przeprowadzenia tego postępowania³⁰. Oznacza to, że sąd krajowy „zdolny” i „chętny” do prowadzenia postępowania, winien mieć pierwszeństwo przed MTK. Sądy krajowe muszą zatem posiadać zdolność posłużenia się odpowiednimi przepisami prawa. Pociąga to za sobą konieczność przeprowadzenia przez państwa-strony nowelizacji prawa krajowego w celu zapewnienia jego maksymalnej tożsamości z postanowieniami MTK w zakresie definicji poszczególnych przestępstw, wagi przestępstw i przypisanych im kar oraz okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną, które nie powinny być szersze niż te przewidziane w Statucie.

Porównując przepisy kryminalizujące zbrodnie prawa międzynarodowego w różnych systemach prawnych, widać, iż państwa rzadziej stosują odwołania generalne „do prawa międzynarodowego” przyjęte w polskim lub umów międzynarodowych, których państwo jest stroną, w rosyjskim³¹ kodeksie karnym, a częściej stosują metodę precyzyjnego opisanie ustawowych znamion przestępstw wojennych, która przybiera jedną z dwóch form:

- wprowadzenie do systemu prawa krajowego sformułowań identycznych z użytymi w Statucie Rzymskim, uzupełnionych o określenie sankcji mających zastosowanie do tych przestępstw. Metoda ta wykorzystywana jest przede wszystkim w państwach systemu *common law*, takich jak Anglia i Walia³²;
- przekształcenia zachowań przestępczych opisanych w Statucie Rzymskim do prawa wewnętrznego umożliwiającego legislatorowi uzupełnić definicje przestępstw ze Statutu MTK o postanowienia innych umów międzynarodowych. Tą formą kryminalizacji posłużył się m.in. niemiecki³³, holenderski³⁴, fiński³⁵ prawodawca.

³⁰ Ocenę „woli państwa” lub „rzeczywistej zdolności” regulują art. 17 ust. 2 lit. a i art. 17 ust. 3 Statutu MTK.

³¹ Rozdział 34 The Criminal Code of The Russian Federation, June 13, 1996 with amendments of 1 March 2012.

³² Część 5 International Criminal Court Act 2001 poprzez odwołanie do art. 8.2 Statutu MTK.

³³ Rozdział 2 i 3 Code of Crimes against International Law (CCAIL), introduce of 26 June 2002.

³⁴ Rozdziały od 5 do 7 the International Crimes Act, introduce of 19 June 2003.

³⁵ Rozdział 11 The Criminal Code of Finland, amendments up to 927/2012 included.

Jak zauważa S.J. Hankins³⁶, w odróżnieniu od kryminalizacji opartej na generalnych odwołaniach, kryminalizacja precyzyjna jest zgodna z zasadą legalności. Określa w sposób jasny i dokładny zachowanie przestępcze oraz przewidywany rodzaj i wysokość kary. Ułatwia także zadanie osobom odpowiedzialnym za stosowanie prawa, uwalniając od ciężaru badania i interpretacji prawa międzynarodowego. Jest też zdecydowanie trudniejsza i może okazać się poważnym wyzwaniem dla ustawodawcy, szczególnie druga forma polegająca na aktywnym przekształcaniu pociągającym za sobą szeroko zakrojony przegląd krajowego prawa karnego.

Konkludując rozważania, niezbędne jest przeprowadzenie nowelizacji przepisów kryminalizujących przestępstwa wojenne w polskim prawie karnym. Aktualnie obowiązujące przepisy odsyłające do niesprecyzowanych przepisów prawa międzynarodowego powinny zostać zastąpione przepisami precyzyjnie określającymi ustawowe znamiona czynów zabronionych. Działanie to podniesie nie tylko jakość polskiego prawa karnego, ale i poziom implementacji MPHKZ poprzez wyraźne określenie czynów zabronionych podczas konfliktów zbrojnych.

Jednym z zobowiązań przyjętych przez Rzeczpospolitą Polską wspólnie z Polskim Czerwonym Krzyżem w grudniu 2015 r. podczas 32. Międzynarodowej Konferencji Czerwonego Krzyża i Czerwonego Półksiężyca jest podjęcie działań na rzecz opracowania sprawozdania dla nowego mechanizmu przestrzegania międzynarodowego prawa humanitarnego. Zobowiązanie to ma zostać poprzedzone m.in.: przeglądem ustawodawstwa implementującego MPH, a zwłaszcza legislacji karnej. Wydaje się to idealną okazją do rozpoczęcia dyskusji nad jakością kryminalizacji przestępstw prawa międzynarodowego w polskim systemie karnym, która w opinii autora winna zakończyć się nowelizacją przepisów kryminalizujących przestępstwa wojenne.

³⁶ M. Bergsmo, M. Harlem and N. Hayashi, *Importing Core International Crimes into National Law*, Second Edition, Torkel Opsahl Academic Epubliher, Oslo 2010, str. 5–8, https://www.fichl.org/fileadmin/fichl/documents/FICHL_1_Second_Edition_web.pdf (dostęp: 12.01.2016).

GRUPY CHRONIONE PRZED LUDOBÓJSTWEM W ORZECZNICTWIE MIĘDZYNARODOWYCH TRYBUNAŁÓW KARNYCH AD HOC

THE GROUPS PROTECTED AGAINST GENOCIDE IN THE LIGHT OF JURISDICTION OF THE AD HOC INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNALS

Summary

The aim of this article is to analyse the jurisprudence of the *ad hoc* International Criminal Tribunals with regard to the understanding of the notion of the groups protected against genocide. According to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, only national, ethnic, racial, and religious groups are protected. Among the conclusions is the one according to which the Tribunals developed this notion in a creative way and contributed to its dynamic application, especially by way of introducing the concepts of stable and permanent groups being protected as well as the concepts of positive/negative and objective/subjective notions of the targeted group.

keywords: genocide, national, ethnic, racial, religious group, ICTY, ICTR

1. Wprowadzenie

Międzynarodowe trybunały karne ad hoc (Międzynarodowy Trybunał Karny ds. Zbrodni w byłej Jugosławii, dalej: MTKJ i Trybunał Karny ds. Zbrodni w Rwandzie, dalej: MTKR) po raz pierwszy w historii sądziły sprawców ludobójstwa. Trybunały Norymberski i Tokijski nie posłużyły się nawet pojęciem „ludobójstwa”, gdyż wydawało się ono wtedy zbyt nowatorskie i nie zostało zdefiniowane. Zostało ono jednak uwzględnione w akcie oskarżenia, lecz jak wskazuje Rafał Lemkin, służyło to jedynie dla bardziej dokładnego, odpowiedniego opisanie zbrodni popełnionych przez nazistowskie Niemcy¹. Sam termin „ludobójstwo” pochodzi z połączenia greckiego

¹ R. Lemkin, *Genocide*, „The American Scholar” 1946, Nr 2, s. 229.

genos – rasa, lud i łacińskiego *occidere* – zabijać, zniszczyć w *genocidium* (ang. *genocide*, franc. *génocide*). Za twórcę terminu uważa się wspomnianego R. Lemkina². Określił on ludobójstwo jako „zniszczenie grupy narodowej, rasowej lub religijnej”³ oraz wskazywał na fakt, że konieczny jest skoordynowany plan różnych działań mających na celu zniszczenie grup jako takich⁴. Jego zdaniem „ludobójstwo niekoniecznie oznacza natychmiastowe zniszczenie jakiegoś narodu. [...] Jest raczej zamierzone dla oznaczenia skoordynowanego planu różnorodnych akcji, skierowanych na zniszczenie fundamentów grup narodowych, w celu unicestwienia samych tych grup. Celem takiego planu byłby rozkład instytucji politycznych i społecznych, kultury, języka, uczuć narodowych, religii i egzystencji gospodarczej grup narodowych, jak również zniszczenie bezpieczeństwa osobistego, wolności, zdrowia, godności, a nawet życia jednostek należących do takich grup. Ludobójstwo jest wymierzone przeciw grupie narodowej jako jednostce (entity), akcje zaś z tym związane wymierzone są przeciw poszczególnym ludziom (individuals) nie w charakterze indywidualnym, lecz jako członkom grupy narodowej”⁵. Właśnie Lemkin zwrócił uwagę na to, że zbrodnia ta uderza nie tylko w jednostki, ale w całe grupy ludzkie (do których dana jednostka należy)⁶.

Zgodnie z art. 2 Konwencji z 1948 r. o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa, ludobójstwem jest „którykolwiek z następujących czynów, dokonany w zamiarze zniszczenia w całości lub części grup narodowych, etnicznych, rasowych lub religijnych, jako takich:

- zabójstwo członków grupy,
- spowodowanie poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego członków grupy,
- rozmyślne stworzenie dla członków grupy warunków życia, obliczonych na spowodowanie ich całkowitego lub częściowego zniszczenia fizycznego,

² J. Dobrowolska-Polak, *Przeciwdziałanie i karanie zbrodni ludobójstwa – dziedzictwo Rafała Lemkina*, „Biuletyn Instytutu Zachodniego” 2008, Nr 9, s. 1, http://www.iz.poznan.pl/news/71_Biuletyn%20IZ%20nr%209.%20Lemkin.pdf (dostęp: 10.01.2016 r.).

³ R. Lemkin, *op.cit.*, s. 227.

⁴ R. Lemkin, *Genocide – A Modern Crime*, „Free World” 1945, Nr 4, s. 39.

⁵ Podano za: R. Szawłowski (współ. K. Pol), *Rafał Lemkin (1900–1959). Polski prawnik twórcą pojęcia „ludobójstwo”*, „Sprawy Międzynarodowe” 2005, Nr 2, s. 126. Por. R. Szawłowski, *Rafał Lemkin – twórca pojęcia „ludobójstwo” i główny architekt Konwencji z 9 XII 1948 (w czterdziestolecie śmierci)*, „Państwo i Prawo” 1999, Nr 10, s. 81–83; B. Lang, *Nazistowskie ludobójstwo. Akt i idea*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2006, s. 30–52.

⁶ Tak: A.F. Vrdoljak, *Human Rights and Genocide: The Work of Lauterpacht and Lemkin in Modern International Law*, „The European Journal of International Law” 2009, Nr 4, s. 19. Por. K. Kosińska, *Zbrodnia ludobójstwa w prawie międzynarodowym*, Dom Wydawniczy Duet, Toruń 2008, s. 32–36.

- stosowanie środków, które mają na celu wstrzymanie urodzin w obrębie grupy,
- przymusowe przekazywanie dzieci członków grupy do innej grupy”⁷.

Orzecznictwo międzynarodowych trybunałów karnych *ad hoc* wypracowało nowe sposoby rozumienia zbrodni ludobójstwa⁸. Jako że poszczególne terminy zawarte w definicji ludobójstwa nie zostały wcześniej jasno określone, zadanie postawione trybunałom karnym *ad hoc* stanowiło tym większe wyzwanie. Dotyczy to takich pojęć, jak m.in.: „zniszczenie”, „grupy”, „narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej”, „w całości lub w części”, „jako takiej”.

2. Grupa narodowa, etniczna, rasowa lub religijna w orzecznictwie MTKR

2.1. Sprawa Akayesu i opinia doradcza MTS z 1951 r. w sprawie zastrzeżeń do Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa

Jean-Paul Akayesu, były burmistrz Taba w prefekturze Gitarama, został oskarżony o ludobójstwo (art. 2 Statutu MTKR), a także o zbrodnie przeciwko ludzkości (art. 3 Statutu) i naruszenia wspólnego dla czterech Konwencji genewskich art. 3 (art. 4 Statutu). Był to – co warto ponownie podkreślić – pierwszy w historii międzynarodowy proces sprawców ludobójstwa (orzeczenie zostało wydane dnia 2 września 1998 r.)⁹.

W orzeczeniu Trybunał stwierdził wyraźnie, że w przedziale czasowym od kwietnia do lipca 1994 r. w Rwandzie miało miejsce ludobójstwo. Liczba ofiar, według różnych szacunków, wyniosła od 500 000 do 1 miliona osób. Zostały spełnione wszystkie konieczne warunki dla uznania, że została popełniona zbrodnia ludobójstwa. Zabójstwa jako jeden z czynów ludobójczych zostały popełnione z zamiarem zniszczenia w całości lub w części grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej jako takiej, w tym przypadku chodziło o Tutsi¹⁰.

W sprawie *Akayesu* Izba Orzekająca MTKR zauważyła, że przestępstwa wymienione w Statucie MTKR – ludobójstwo, zbrodnie przeciwko ludzkości oraz naruszenia wspólnego dla Konwencji genewskich art. 3 i II Protokołu dodatkowego z 1977 r. – zawierają różne elementy definicyjne i chronią inne dobra. Zakaz ludobójstwa ma na celu ochronę ściśle określonych grup przed

⁷ Dz.U. z 1952 r., Nr 2, poz. 9.

⁸ D.K. Drózd, *Zbrodnia ludobójstwa w międzynarodowym prawie karnym*, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 13.

⁹ Orzeczenie dostępne na stronie internetowej MTKR: <http://unictr.unmict.org/>. Na podanej stronie internetowej znajdują się pozostałe powoływane w artykule orzeczenia MTKR.

¹⁰ *Prokurator przeciwko Jean-Paul Akayesu*, Izba Orzekająca 1998, § 111, 112–129.

eksterminacją lub próbą eksterminacji. Koncepcja zbrodni przeciwko ludzkości ma chronić ludność cywilną przed prześladowaniami. Ideą karania naruszeń wspólnego art. 3 i II Protokołu jest zapewnienie ochrony osobom nie biorącym udziału w działaniach zbrojnych przed zbrodniami wojennymi w trakcie konfliktu wewnętrznego¹¹.

MTKR potwierdził, że przepisy Konwencji z 1948 r. odzwierciedlają międzynarodowe prawo zwyczajowe¹². Powołał się przy tym na opinię doradcą MTS z 1951 r. w sprawie zastrzeżeń do Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa, w której MTS potwierdził, że „[...] zasady leżące u podstaw konwencji są uznane przez cywilizowane narody jako wiążące państwa, nawet bez jakichkolwiek zobowiązań umownych” oraz że „uniwersalny charakter zarówno potępienia ludobójstwa, jak i współpracy jest konieczny dla uwolnienia ludzkości od tego typu okrucieństwa”¹³. MTS dodał, że „[...] w przypadku tego rodzaju umów państwa nie mają swego własnego interesu indywidualnego: mają jedynie wszystkie razem i każda z osobna wspólny interes w postaci ochrony celów wyższych, stanowiących rację zawarcia konwencji [...]”¹⁴.

Podobnie w orzeczeniu w sprawie *Bagilishemy* (byłego burmistrza Mabanzy w Kibuye) z dnia 7 czerwca 2001 r. Trybunał potwierdził – na analogicznej do orzeczenia w sprawie *Akayesu* podstawie – że Konwencja o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa z 1948 r. odzwierciedla międzynarodowe prawo zwyczajowe¹⁵.

MTKR badał definicję „grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej”. Wyjaśnił on, że grupa etniczna jest zazwyczaj określana jako grupa, której członkowie mają wspólny język i kulturę. Kwalifikacja grupy rasowej opiera się natomiast na kryterium dziedzicznych cech fizycznych, bardzo często identyfikowanych z regionem geograficznym, bez względu na czynniki językowe, kulturowe, narodowe czy religijne. Grupa narodowa została zdefiniowana jako zbiorowość ludzi, która jest uważana za dzielącą wspólną więź prawną opartą na obywatelstwie wraz z towarzyszącymi temu obywatelstwu prawami i obowiązkami. Natomiast grupa religijna to taka, której członkowie wyznają tę samą religię, mają tę samą wiarę lub wyznanie¹⁶.

Czyn ludobójczy jest popełniany przeciwko jednej lub kilku osobom, ze względu na to, że taka osoba lub osoby były członkami konkretnej grupy. Innymi słowy, ofiara jest atakowana nie z powodu swoich cech indywidual-

¹¹ *Ibidem*, § 469–470.

¹² *Ibidem*, § 492–495.

¹³ *Opinia doradczą MTS w sprawie zastrzeżeń do Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa*, 1951, dostępna na stronie internetowej <http://www.icj-cij.org/>, s. 23.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Prokurator przeciwko I. Bagilishema*, Izba Orzekająca 2001, § 54.

¹⁶ *Prokurator przeciwko Jean-Paul Akayesu*, Izba Orzekająca 1998, § 512–515.

nych, lecz na podstawie swej przynależności do grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej. W konsekwencji ofiarą ludobójczych działań nie jest tylko członek grupy, lecz także grupa jako taka¹⁷.

Podobne stanowisko zajmuje odnośnie do rozumienia grup chronionych doktryna. Grupy narodowe, etniczne, rasowe lub religijne zostały wskazane przez Zgromadzenie Ogólne ONZ jako grupy chronione w Konwencji z 1948 r., ponieważ każda z tych grup była w przeszłości celem ataków i każda mogła zostać scharakteryzowana jako spójna, jednolita, a członkostwo w niej konieczne, w tym znaczeniu, że nie była możliwa jego zmiana. Inne cechy charakterystyczne wymienionych grup to stabilność i tradycja. Natomiast przynależność do grupy politycznej została uznana za sprawę wyboru, a w związku z tym grupa taka nie została uwzględniona jako podlegająca ochronie¹⁸. Grupy narodowe są określane w doktrynie poprzez powiązanie z określonym narodem, podczas gdy kwalifikacja grupy etnicznej odbywa się przy odwołaniu się do cech kulturowych lub językowych danej grupy w ramach narodu lub poza nim. Grupy rasowe są definiowane na podstawie dziedzicznych cech zewnętrznych (fizycznych) bardzo często kojarzonych z regionem geograficznym, bez względu na czynniki językowe, kulturowe, narodowe lub religijne. Grupy religijne z kolei obejmują osoby różnych wyznań, a także ateistów¹⁹.

Ścisłe pozytywistyczne podejście (przy użyciu gramatycznej wykładni) może prowadzić do wniosku, że tylko osoby należące do grup wyraźnie wskazanych w Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa z 1948 r. mogą być ofiarami zbrodni ludobójstwa. Orzeczenie MTKR w sprawie *Akayesu* słusznie nie przyjęło tej restryktywnej koncepcji. W doktrynie wskazuje się, że Tutsi *prima facie* mieszczą się w pojęciu grupy etnicznej. Pojawia się w takim razie wątpliwość, gdyż skoro grupa etniczna to grupa, której członkowie mają wspólny język i kulturę, to również Hutu władali tym samym językiem i dzielili tę samą kulturę, co Tutsi. Dla rozwiązania tego dylematu Trybunał wspiera się innym czynnikiem dla określenia Tutsi jako grupy

¹⁷ *Ibidem*, § 521–522.

¹⁸ O grupach politycznych i wątpliwościach ich dotyczących zobacz: J. Sawicki, *Ludobójstwo. Od pojęcia do konwencji 1933–1948*, Wydawnictwo L. J. Jaroszewski, Kraków 1949, s. 48 i 50.

¹⁹ S.B. Shah, *The Oversight of the Last Great International Institution of the Twentieth Century: the International Criminal Court's Definition of Genocide*, „The Emory International Law Review” 2002, Nr 16, s. 357–358. Zob. ponadto: F. Kabatsi, *Defining or Diverting Genocide: Changing the Comportment of Genocide*, „The International Criminal Law Review” 2005, Nr 5, s. 387–400. Na temat tych grup zobacz szerzej: D.K. Drózd, *op.cit.*, s. 140–172; K. Wierczyńska, *Pojęcie ludobójstwa w kontekście orzecznictwa międzynarodowych trybunałów karnych ad hoc*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2010, s. 42–43; M. Lippman, *Genocide: The Crime of the Century. The Jurisprudence of Death at the Dawn of the New Millennium*, „The Houston Journal of International Law” 2000–2001, Nr 23, s. 475–476; M. Plachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, tom I, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Kraków 2004, s. 431–432.

etnicznej, mianowicie stabilnością takiej grupy²⁰. Według MTKR ludobójstwo można popełnić tylko w odniesieniu do „stabilnych” grup, których członkostwo jest trwałe i określane przez urodzenie, z wyłączeniem bardziej „mobilnych” grup, do których można przystąpić dobrowolnie (można z nich również wystąpić, innymi słowy zmienić swój status), takich jak grupy polityczne lub ekonomiczne. Przywołał przy tym intencje autorów Konwencji z 1948 r., którzy wyraźnie stawiali sobie za cel ochronę wszystkich trwałych i stabilnych grup²¹. W rozróżnieniu tym chodzi o podkreślenie swobody zmiany przynależności do danej grupy, jak to ma miejsce w przypadku grup uznanych za mobilne bądź braku takiej swobody przy grupach uznanych za stabilne. W moim przekonaniu MTKR słusznie uznał Tutsi za grupę chronioną, a w konsekwencji potwierdził fakt popełnienia ludobójstwa w Rwandzie. Argument, zgodnie z którym ludobójstwo można popełnić tylko w odniesieniu do „stabilnych” grup, jest ze wszech miar słuszny i uzasadniony. Ponadto należy przywołać wątpliwości dotyczące stabilnego charakteru grup religijnych. Skoro mimo takich wątpliwości grupy religijne są wymienione w zakazie popełniania ludobójstwa, to również stabilna grupa, taka jak Tutsi, powinna być tak samo chroniona. Jako argument przemawiający na rzecz takiego wniosku Izby Orzekającej MTKR można wskazać także fakt, że obie grupy – mimo podobieństw – były postrzegane jako dwie różne grupy etniczne.

Można wskazać, że pomiędzy Hutu a Tutsi istniało wiele różnic; były to jednak różnice natury społecznej, a nie etnicznej. Dotyczyły one statusu społecznego obu plemion, mianowicie Hutu byli rolnikami, a Tutsi hodowcami bydła. Hutu mają krępą budowę ciała, podczas gdy Tutsi są wysocy i smukli. Belgia, było mocarstwo kolonialne, przyjęła system podziału na Hutu i Tutsi w zależności od ich zamożności. Zgodnie z prawem z 1931 r. do plemienia Tutsi można było zaliczyć każdego, kto posiadał więcej niż dziewięć sztuk bydła. Ostatecznie, gdy w Rwandzie popełniano ludobójstwo, o przynależności do Hutu lub Tutsi w dużej mierze decydował dowód osobisty, w którym wyszczególniona była przynależność do jednego z tych plemion²². Wskazuje się, że w czasach kolonialnych u władzy stała mniejszość Tutsi stanowiąca najbardziej wykształconą część społeczeństwa oraz jego elitę. Natomiast Hutu, stanowiący większość, byli im podlegli. Ponadto belgijscy kolo-

²⁰ A. Klip, G. Sluiter (red.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. Volume II. The International Criminal Tribunal Rwanda 1994–1999*, Wydawnictwo Intersentia, Antwerpia-Oxford-Nowy Jork 2001, s. 541–543. Zob. również: S.B. Shah, *op.cit.*, s. 365 i 368. S.B. Shah wskazuje, że rozróżnienie pomiędzy Tutsi i Hutu opierało się głównie na czynnikach natury materialnej i socjalnej.

²¹ *Prokurator przeciwko Jean-Paul Akayesu*, Izba Orzekająca 1998, § 511. Zobacz również: S.B. Shah, *op.cit.*, s. 369–370; K.Ch. Moghalu, *Rwanda's Genocide. The Politics of Global Justice*, Wydawnictwo Palgrave MacMillan, Nowy Jork 2005, s. 80.

²² D.K. Drózd, *op.cit.*, s. 144–145. Por. K.Ch. Moghalu, *Rwanda's ...*, s. 9–11.

nizatorzy stosowali zasadę „dziel i rządź” i w ten sposób przyczynili się do konfliktu między Hutu i Tutsi²³. Wynosząc Tutsi, Belgowie przyczynili się do resentymentu wobec nich wśród Hutu.

W doktrynie zauważa się, że Trybunał sam sobie zaprzeczył próbując na początku poradzić sobie z problemem rozróżnienia Tutsi i Hutu przy pomocy czynników innych niż przynależność etniczna, takich jak wspomniana stabilność grupy, po czym w konkluzji i tak powrócił do wniosku, że Tutsi i Hutu stanowią dwie odrębne grupy etniczne. Innymi słowy, ze względu na trudności z zakwalifikowaniem Tutsi jako grupy etnicznej, MTKR usiłował wykazać, że jest to grupa chroniona przez zakaz ludobójstwa jako grupa stabilna, której członkostwo jest określane przez urodzenie. W konkluzji natomiast, używając argumentu stabilności grupy, Trybunał uznał Tutsi za grupę etniczną. W.A. Schabas uważa, że Tutsi powinni zostać uznani za grupę rasową, a nie etniczną, a ponadto uznał za wątpliwy wniosek odnośnie do stabilnego charakteru grupy jako czynnika pozwalającego stwierdzić, że dana grupa jest grupą chronioną. W jego opinii z prac przygotowawczych do Konwencji z 1948 r. nie wynika taki wniosek²⁴. W mojej jednak opinii MTKR słusznie uznał Tutsi za grupę etniczną, przy czym aby dojść do takiego wniosku pomocniczo posłużył się kryterium stabilności grupy. Z jednej więc strony uznał Tutsi za grupę etniczną, a z drugiej za grupę stabilną, czyli – zgodnie z intencjami twórców Konwencji z 1948 r. – za grupę chronioną przed ludobójstwem. Podstawą do takiego wniosku były m.in. wskazane wyżej różnice między Hutu a Tutsi.

W kontekście trudności z zakwalifikowaniem niektórych grup do grup chronionych przez zakaz ludobójstwa podkreśla się, że wyliczenie grup chronionych jest zbyt wąskie i powinno obejmować każdą zwartą, wyróżniającą się cechami wspólnymi zbiorowość poddawaną prześladowaniom, np. grupy polityczne, kobiety, osoby homoseksualne, grupy ekonomicznie upośledzone (osoby biedne, żyjące na granicy ubóstwa, podatne na ataki)²⁵, które często padają ofiarą ataków, w tym mogą stać się ofiarą ataków ludobójczych. Ponadto można przypomnieć pewną niekonsekwencję w wyborze grup chronionych, gdyż w przypadku grup religijnych trudno mówić o przymusowym wyznawaniu danej religii, a raczej należałoby uznać, że jest to właśnie kwestia dobrowolnego wyboru i osoba wyznająca daną wiarę

²³ M. Konarski, *Media a ludobójstwo w Rwandzie w 1994 r.*, dostępne na stronie internetowej: <http://www.psz.pl/116-bezpieczenstwo/media-a-ludobojstwo-w-rwandzie-w-1994-r> (dostęp: 10.01.2016 r.).

²⁴ A. Klip, G. Sluiter (red.), *Annoted Leading ...*, Vol. II, s. 543.

²⁵ Na ten temat patrz: A.T. Feindel, *Reconciling Sexual Orientation: Creating a Definition of Genocide That Includes Sexual Orientation*, „The Michigan State Journal of International Law” 2005, Nr 13, s. 197–226; J.D. van der Vyver, *Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide*, „The Fordham International Law Journal” 1999–2000, Nr 23, s. 304–305.

może zmienić swój światopogląd, a tym samym przestać być członkiem danej grupy religijnej²⁶.

J.D. van der Vyver zauważa w tym kontekście, że definicja „ludobójstwa” w prawie zwyczajowym jest szersza niż w prawie traktatowym (Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa z 1948 r.), tj. nie jest ograniczona tylko do czterech wymienionych grup, jednakże uwaga ta nie ma znaczenia w przypadku międzynarodowych trybunałów karnych *ad hoc* oraz MTK, jako że mają one jurysdykcję wobec traktatowo określonego ludobójstwa²⁷.

Należy zwrócić uwagę na to, że są także przedstawiciele doktryny, którzy uważają, że traktatowa definicja ludobójstwa jest wystarczająca i nie powinna obejmować np. grup politycznych, gdyż nie są one wystarczająco stabilne i trwałe, aby mieścić się w zakresie grup chronionych. Takiego zdania jest np. F. Kabatsi, która natychmiast dodaje, że nie oznacza to, że grupy te nie są w ogóle chronione; są, lecz przez inne przepisy²⁸. Chodzi tu np. o przepisy penalizujące popełnianie zbrodni przeciwko ludzkości. Zgadzam się z F. Kabatsi. Objęcie ochroną grup politycznych groziłoby rozmyciem definicji ludobójstwa i powagi tej zbrodni jako najpoważniejszej zbrodni międzynarodowej. W przypadku zabijania członków należących do grupy politycznej sprawcom można postawić zarzut eksterminacji lub prześladowania, w zależności od tego, znamiona której zbrodni zostały zrealizowane. Sądzę, że zarzuty te są równie poważne jak zarzut ludobójstwa. Nie wydaje się konieczne obejmowanie wszystkich drastycznych i masowych zbrodni pojęciem ludobójstwa.

2.2. Sprawa *Nchamihigo*

W sprawie *S. Nchamihigo* w orzeczeniu z dnia 24 września 2008 r. Izba Orzekająca MTKR co do zasady powtórzyła wnioski dotyczące pojęcia „grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej” z orzeczenia w sprawie *Akayesu*²⁹. Warto jednak wskazać, że badając zamiar zniszczenia w całości lub w części grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej, Izba Orzekająca zauważyła, że nie zawsze konieczna jest przynależność do danej grupy, a wystarczy postrzeganie przez sprawcę danej osoby jako należącej do takiej grupy. W tej sprawie chodziło o przeciwników politycznych będących członkami plemienia Hutu. Izba Orzekająca MTKR orzekła, że gdyby tacy Hutu byli uważani przez innych Hutu za należących do plemienia Tutsi, to w kon-

²⁶ Tak: S. B. Shah, *op.cit.*, s. 370, 384, 387.

²⁷ J.D. van der Vyver, *op.cit.*, s. 306.

²⁸ F. Kabatsi, *Defining or Diverting Genocide: Changing the Comportment of Genocide*, „The International Criminal Law Review” 2005, Nr 5, s. 398–399.

²⁹ *Prokurator przeciwko S. Nchamihigo*, Izba Orzekająca 2008, § 329–338.

sekwencji wchodziłaby w grę odpowiedzialność za popełnienie zbrodni ludobójstwa. Natomiast jeśliby sprawcy uważali, że eliminacja przeciwników politycznych z ich własnego plemienia, tj. Hutu, była konieczna dla skutecznego wykonania ich ludobójczych zamiarów w stosunku do Tutsi, w grę wchodziłaby odpowiedzialność za zbrodnie przeciwko ludzkości, a nie ludobójstwo (wobec zamordowanych Hutu)³⁰. Innymi słowy, dla pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za popełnienie ludobójstwa wystarczy, że sprawca postrzegał ofiarę jako należącą do grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej, którą to grupę miał zamiar zniszczyć w całości lub części. Nie jest konieczne, aby ofiara rzeczywiście należała do grupy.

W kontekście postrzegania ofiary jako należącej do grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej lub jej rzeczywistej przynależności do takiej grupy można stwierdzić, że orzecznictwo MTKR wskazuje na dwa sposoby określenia grupy chronionej: obiektywne (sprawa *Akayesu*) i subiektywne (sprawa *Nchamihigo*). Zgodnie z pierwszym podejściem, grupę należy traktować jako społeczny fakt, stabilną i trwałą rzeczywistość. Osoby należące do danej grupy automatycznie i nieodwracalnie, na mocy samego faktu urodzenia. Podejście subiektywne natomiast zakłada, że grupa istnieje w takim zakresie, w jakim osoby postrzegają siebie jako jej członków (samoidentyfikacja) bądź są tak postrzegani przez sprawców zbrodni ludobójstwa (identyfikacja, postrzeganie przez innych)³¹.

2.3. Sprawy *Rutagandy* i *Bagilishemy*

Po raz pierwszy MTKR posłużył się podejściem subiektywnym w orzeczeniu Izby Orzekającej w sprawie *Rutagandy*, jednakże nie odrzucił w nim zupełnie koncepcji obiektywnej, a raczej przychylił się do kombinacji podejść. Uznał, że pojęcia „grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej” zostały dokładnie zbadane i obecnie nie ma jednej, powszechnie akceptowanej definicji takich grup. Każdy z tych terminów musi być oceniany na podstawie szczególnych politycznych, społecznych i kulturalnych warunków, czyli należy wziąć pod uwagę kontekst. Trybunał dodał, że na cele stosowania Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa z 1948 r., z której do Statutu MTKR została przejęta definicja „ludobójstwa”, członkostwo w grupie jest – co do zasady – subiektywne, a nie obiektywne. Ofiara jest postrzegana przez sprawcę jako należąca do grupy

³⁰ *Ibidem*, § 338.

³¹ C. Aptel, *The Intent to Commit Genocide in the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, „The Criminal Law Forum” 2002, Nr 3, s. 284. Wątek ten porusza także: G. Verdirame, *The Genocide in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals*, „The International and Comparative Law Quarterly” 2000, Nr 49, s. 592–594.

chronionej³². Podobnie stwierdził MTKR w orzeczeniu w sprawie *Bagilishemy*³³. Jak pisze G. Verdirame, przyjęcie podejścia subiektywnego tchnęło nowe życie w definicję ludobójstwa i zapewniło odpowiednią relację pomiędzy normami prawnymi i społeczno-kulturowym kontekstem, w którym normy są stosowane³⁴. Dzięki temu podejściu ochrona zostanie przyznana większej liczbie ofiar ludobójstwa, nie tylko osobom rzeczywiście należącym do chronionej grupy narodowej, etnicznej, religijnej lub rasowej, lecz także osobom postrzeganym jako członkowie tych grup.

W mojej opinii samo podejście subiektywne nie wydaje się jednak satysfakcjonujące, gdyż spowodowałoby niedopuszczalne poszerzenie grupy chronionej zależne jedynie od stanu umysłu sprawcy. Najbardziej właściwe jest podejście mieszane, czyli obiektywno-subiektywne. Zgodnie z nim należy wziąć pod uwagę stan umysłu sprawcy, tj. sposób postrzegania przez niego grupy, którą ma zamiar zniszczyć, lecz konieczna jest także obiektywna podstawa mająca swoje uzasadnienie w rzeczywistych warunkach obejmująca logiczne powiązanie z jedną lub więcej grupami wymienionymi w definicji ludobójstwa³⁵. Odnośnie do elementu subiektywnego należy dodać, że w przypadku ludobójstwa czasami bardziej istotne od rzeczywistych różnic jest właśnie postrzeganie pewnych cech jako różnice. Istotny jest więc stan umysłu sprawcy ludobójstwa. Można uznać, że jest on bardziej istotny niż samoidentyfikacja członków grupy, która również stanowi odzwierciedlenie elementu subiektywnego.

2.4. Sprawa *Kayishemy i Ruzindany*

Analizując poszczególne elementy definicji ludobójstwa, Izba Orzekająca w sprawie *C. Kayishemy i O. Ruzindany* w orzeczeniu z dnia 21 maja 1999 r., co do zasady potwierdziła wcześniejsze wnioski z orzeczenia w sprawie *Akayesu* dotyczące takich zagadnień jak: „zniszczenie grupy” oraz „w całości lub w części”³⁶. Odnośnie do pojęcia „grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej” Izba Orzekająca zdefiniowała grupę etniczną szerzej; po pierwsze jako taką, której członkowie dzielą wspólną kulturę i język; po drugie jako grupę, która sama postrzega siebie za odrębną (wspomniany już element samoidentyfikacji) i po trzecie jako grupę uważaną za odrębną przez

³² Prokurator przeciwko G.A.N. Rutaganda, Izba Orzekająca 1999, § 56.

³³ Prokurator przeciwko I. Bagilishema, Izba Orzekająca 2001, § 65.

³⁴ G. Verdirame, *op.cit.*, s. 598. Zob. również: C. Kress, *The Crime of Genocide under International Law*, „The International Criminal Law Review” 2006, Nr 6, s. 473–479; K.C. Moghalu, *International Humanitarian Law From Nuremberg to Rome: The Weight Precedents of The International Criminal Tribunal for Rwanda*, „The Pace International Law Review” 2002, Nr 14, s. 273–305.

³⁵ Tak: D.L. Nersessian, *The Razor’s Edge: Defining and Protecting Human Groups Under the Genocide Convention*, „The Cornell International Law Journal” 2003–2004, Nr 36, s. 296 i 312.

³⁶ Prokurator przeciwko C. Kayishema, O. Ruzindana, Izba Orzekająca 1999, § 95–99.

innych, włączając w to sprawców zbrodni (element identyfikacji, postrzegania przez innych)³⁷.

2.5. Sprawa *Setako*

W jednym z ostatnich orzeczeń MTKR w sprawie *Setako*, wydanym przez Izbę Orzekającą dnia 25 lutego 2010 r., Trybunał stwierdził bez żadnych wątpliwości oraz uzasadnienia, że „jest dobrze ustalonym, że grupa etniczna Tutsi jest grupą chronioną”³⁸. Można na tej podstawie wywnioskować, że zagadnienie to przestało budzić wątpliwości w orzecznictwie MTKR.

3. Grupa narodowa, etniczna, rasowa lub religijna w orzecznictwie MTKJ

3.1. Sprawa *Jeliscia*

Pierwszą sprawą przed MTKJ dotyczącą ludobójstwa była sprawa *Jeliscia* z dnia 14 grudnia 1999 r. (orzeczenie Izby Orzekającej). Goran Jelisić został oskarżony o ludobójstwo (art. 4 (2) Statutu MTKJ), naruszenia praw i zwyczajów wojny (art. 3 Statutu MTKJ) oraz zbrodnie przeciwko ludzkości (art. 5 Statutu MTKJ). Oskarżony przyznał się do wszystkich stawianych zarzutów z wyjątkiem ludobójstwa³⁹.

Analizując pojęcie grupy będącej celem ludobójstwa, Izba Orzekająca MTKJ stwierdziła, że z prac przygotowawczych do Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa wynika, że strony chciały zawężyć zakres zastosowania tej Konwencji do ochrony „stabilnych” grup, obiektywnie określanych, do których jednostki należą niezależnie od ich woli⁴⁰. Izba zauważyła, iż mimo że obiektywne określenie grupy religijnej jest możliwe, to już próba zdefiniowania pozostałych grup, tj. narodowych, etnicznych i rasowych przy użyciu obiektywnych kryteriów jest działaniem ryzykownym, którego rezultat niekoniecznie koresponduje z postrzeganiem takich osób przez sprawców. Dlatego też bardziej stosownym jest określanie grup narodowych, etnicznych lub rasowych na podstawie punktu widzenia (postrzegania) tych osób, które chcą taką grupę wyodrębnić z reszty społeczności. Izba Orzekająca opowiedziała się więc za zastosowaniem subiektywnego kryterium dla określenia grupy chronionej. To stygmatyzacja danej grupy jako narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej jest decydująca dla przyznania jej takiego charakteru⁴¹.

³⁷ *Ibidem*, § 98.

³⁸ *Prokurator przeciwko E. Setako*, Izba Orzekająca 2010, § 468.

³⁹ *Prokurator przeciwko G. Jelisciciowi*, Izba Orzekająca 1999, § 8 i 12.

⁴⁰ *Ibidem*, § 69.

⁴¹ *Ibidem*, § 70.

Izba Orzekająca w sprawie *Jelisicia* wskazała także na dwa inne możliwe podejścia do chronionej grupy: pozytywne i negatywne. Zgodnie z pozytywnym podejściem dana grupa jest określana jako narodowa, etniczna, rasowa lub religijna ze względu na jej charakterystykę, posiadane cechy narodowe, etniczne, rasowe lub religijne. Podejście negatywne zakłada natomiast, że grupa narodowa, etniczna, religijna lub rasowa może zostać określona w sposób negatywny poprzez określenie jednostek-ofiar jako nie należących do grupy, do której sprawca zbrodni uważa, że sam należy. Innymi słowy, wszystkie osoby nie wchodzące w skład grupy sprawcy ludobójstwa stanowią przez wyłączenie atakowaną grupę. W tej sprawie za grupę chronioną uznano bośniackich Muzułmanów⁴². Wydaje się jednak, że tak szerokie (negatywne) pojmowanie grupy jest zbyt daleko idące i pozwala uznać za ludobójstwo działania, które przy przyjęciu węższej definicji grupy nim nie są. Skoro ludobójstwo jest uznawane za „zbrodnię zbrodni”, nie można poszerzać jego definicji poprzez bardzo szerokie określenie grupy chronionej. W gruncie rzeczy rozumienie grupy zaproponowane przez Izbę Orzekającą w sprawie *Jelisicia* jest możliwe do przyjęcia tylko pod warunkiem, że będzie to grupa charakteryzująca się określonymi cechami narodowymi, etnicznymi, rasowymi lub religijnymi. Taka koncepcja nie daje odpowiedzi na pytanie, jak należy rozumieć grupę chronioną przez zakaz ludobójstwa, a jej głębsza analiza powoduje, że wraca się do punktu wyjścia, czyli określenia grupy poprzez jej cechy narodowe, etniczne, rasowe lub religijne.

3.2. Sprawa *Krsticia*

Kolejnym orzeczeniem MTKJ dotyczącym ludobójstwa jest sprawa *R. Krsticia* (orzeczenie z dnia 2 sierpnia 2001 r., Izba Orzekająca). Generał Radislav Krstić został oskarżony o popełnienie ludobójstwa w kontekście wydarzeń mających miejsce w Srebrenicy w lipcu 1995 r.⁴³ W tzw. „masakrze Srebrenicy” śmierć poniosło ok. 7000–8000 bośniackich Muzułmanów, zarówno mężczyzn, jak i chłopów. Alternatywny zarzut wobec Krsticia dotyczył współudziału w popełnieniu ludobójstwa⁴⁴.

W zakresie uwag ogólnych dotyczących zbrodni ludobójstwa Izba Orzekająca MTKJ w sprawie *Krsticia* zauważyła, że należy wziąć pod uwagę stan prawa zwyczajowego, jaki istniał w chwili popełnienia zbrodni w Srebrenicy, czyli w lipcu 1995 r. W tym przedmiocie Trybunał odwołał się do Konwencji

⁴² *Ibidem*, § 71 i 72.

⁴³ *Prokurator przeciwko R. Krsticiowi*, Izba Orzekająca 2001, § 3.

⁴⁴ Zob. komentarz D. Mundisa, *Introductory Note to ICTY: Prosecutor v. Krstić*, „The International Legal Materials” 2001, Nr 40, s. 310–312. Por. K.G. Southwick, *Srebrenica as Genocide? The Krstić Decision and the Language of the Unspeakable*, „The Yale Human Rights & Development Law Journal” 2005, Nr 8, s. 188–227.

o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa z 1948 r., która stanowi główny punkt odniesienia. Art. 4 Statutu MTKJ powtarza dosłownie formułę ludobójstwa z Konwencji. Zdaniem Izby Orzekającej, mimo że Konwencja była przyjmowana w tym samym czasie, w którym termin ludobójstwo został stworzony (lata 1943–1944)⁴⁵, to już wtedy powszechnie uważano, że Konwencja kodyfikuje istniejące w przedmiocie definicji ludobójstwa prawo zwyczajowe, co więcej zakaz popełniania ludobójstwa ma charakter normy *ius cogens*⁴⁶.

W orzeczeniu w sprawie *Krsticia* Izba Orzekająca powtórzyła także, że art. 4 Statutu MTKJ wskazuje na konieczność zaistnienia dwóch elementów zbrodni ludobójstwa⁴⁷. Podkreślił, że istotne jest skierowanie działań przeciwko grupom narodowym, etnicznym, rasowym lub religijnym z zamiarem zniszczenia ich w całości lub w części. Powołał się przy tym na rezolucję Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 96 (I) z 1946 r., która określiła ludobójstwo jako „[...] odmowę istnienia całych grup ludzkich [...]”⁴⁸. Izba Orzekająca w sprawie *Krsticia* przywołała wnioski MTS z opinii doradczej z 1951 r. w sprawie dopuszczalności wnoszenia zastrzeżeń do Konwencji o ludobójstwie⁴⁹, w której MTS stwierdził, że celem Konwencji jest ochrona istnienia pewnych grup ludzkich (narodowych, etnicznych, rasowych lub religijnych) oraz potwierdzenie i zapewnienie najbardziej elementarnych zasad moralnych⁵⁰. Izba Orzekająca dodała, że celem Konwencji jest chronienie prawa do życia grup ludzkich jako takich. Charakterystyka ludobójstwa jako odmowy istnienia całych zbiorowości ludzkich czyni z ludobójstwa wyjątkowo poważną zbrodnię i odróżnia je od innych ciężkich zbrodni, z którymi łączą je wspólne cechy, zwłaszcza prześladowania, przy którym sprawca wybiera ofiary na podstawie ich członkostwa w konkretnej społeczności, lecz niekoniecznie ma zamiar zniszczenia tej społeczności jako takiej⁵¹.

Izba Orzekająca w sprawie *Krsticia* podkreśliła, że Konwencja o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa nie chroni wszystkich rodzajów grup ludzkich. Ochrona Konwencji ogranicza się tylko do grup narodowych, etnicznych, rasowych i religijnych⁵². Cechy kulturowe, religijne, etniczne lub

⁴⁵ R. Szawłowski, *op.cit.*, s. 80.

⁴⁶ *Prokurator przeciwko R. Krsticiowi*, Izba Orzekająca 2001, § 541.

⁴⁷ *Ibidem*, § 542.

⁴⁸ Rezolucja ZO ONZ 96 (I) z 11 grudnia 1946 r. jest dostępna na stronie internetowej: <http://dac-accessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/47/IMG/NR003347.pdf?OpenElement> (dostęp: 10.01.2016 r.).

⁴⁹ Opinia doradcza MTS dostępna na stronie internetowej: <http://www.icjij.org/docket/index.php?p1=3>, s. 23.

⁵⁰ *Prokurator przeciwko R. Krsticiowi*, Izba Orzekająca 2001, § 552.

⁵¹ *Ibidem*, § 553.

⁵² *Ibidem*, § 554.

narodowe danej grupy muszą być określone w ramach społeczno-historycznych warunków, w których grupa ta istnieje i się rozwija. Wymóg ten można uznać za wyraz kryterium obiektywnego w kwalifikowaniu grupy będącej ofiarą ludobójstwa. Ponadto celem dokonania identyfikacji grupy chronionej używa się także kryterium stygmatyzacji (naznaczenia) danej grupy przez sprawców zbrodni. Uznaje się w ten sposób decydujące znaczenie subiektywnego postrzegania danej grupy jako narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej przez sprawcę ludobójstwa⁵³. Owa stygmatyzacja jest równoznaczna z subiektywnym postrzeganiem grupy przez sprawcę ludobójstwa. W sprawie Krsticia Izba Orzekająca MTKJ przyjęła to mieszane podejście (subiektywno-obiektywne) i uznała bośniackich Muzułmanów za grupę narodową chronioną na mocy art. 4 Statutu MTKJ⁵⁴. W uzasadnieniu wyjaśniła, że pierwotnie bośniaccy Muzułmanie byli uważani za grupę religijną, natomiast na mocy jugosławiańskiej Konstytucji z 1963 r. zostali uznani za grupę narodową. Dowody wskazywały, że najwyższe władze polityczne bośniackich Serbów oraz ich siły zbrojne działające w Srebrenicy w lipcu 1995 r. uważały bośniackich Muzułmanów za specyficzną grupę narodową⁵⁵. Przyjęcie podejścia mieszanego należy uznać za satysfakcjonujące, gdyż przywiązuje ono z jednej strony odpowiednią wagę do elementu decydującego ludobójstwa, czyli zamiaru i stanu umysłu sprawcy, a z drugiej strony nie pozwala na zbytne poszerzenie definicji ludobójstwa, które miałyby miejsce, gdyby zostało przyjęte tylko podejście subiektywne. Podobne głosy można znaleźć w doktrynie⁵⁶.

3.3. Sprawa *Stakicia*

Izba Orzekająca w sprawie *Stakicia* dowodziła natomiast, że kiedy więcej niż jedna grupa jest celem ludobójstwa, nie wystarczy jej określenie w sposób ogólny, np. jako nie-Serbowie. Konieczne jest określenie takiej grupy w relacji do bośniackich Chorwatów i bośniackich Muzułmanów. Takie podejście sygnalizowało odejście od wcześniejszego orzeczenia w sprawie *Jelisić*, w którym Izba Orzekająca uznała, że grupa narodowa, etniczna, religijna lub rasowa może zostać określona w sposób negatywny poprzez zidentyfikowanie jednostek jako nie należących do grupy, do której sprawca

⁵³ *Ibidem*, § 557.

⁵⁴ *Ibidem*, § 560.

⁵⁵ *Ibidem*, § 559.

⁵⁶ Zob. E. van Sliedregt, *Prosecutor v. Krstić. Commentary*, [w:] A. Klip, G. Sluiter (red.), *Annotated Leading...*, Vol. VII, s. 769; I. Stegmiller, *Prosecutor v. Nindabahizi, Judgment and Sentence*, [w:] A. Klip, G. Sluiter (red.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. Volume XVIII. The International Criminal Tribunal Rwanda 2004*, Wydawnictwo Intersentia, Antwerp-Oxford-Nowy Jork 2008, s. 752.

zbrodni uważa, że sam należy. Wszystkie osoby nie należące do grupy sprawcy stanowią przez wyłączenie atakowaną grupę⁵⁷.

W związku z rozbieżnymi orzeczeniami Izba Apelacyjna MTKJ postanowiła zająć się zagadnieniem negatywnego lub pozytywnego określania grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej. Jej wnioski są zawarte w orzeczeniu w sprawie *Stakicia* z dnia 22 marca 2006 r. Izba Apelacyjna uznała, że zwrot „jako taka” ma znaczenie przy definiowaniu grupy będącej celem ludobójstwa, jako że oznacza on, że zamiar popełnienia ludobójstwa odnosi się do zniszczenia grupy ludzi, która ma określoną tożsamość, określone cechy, a więc grupy określanej w sposób pozytywny. Nie dotyczy to grupy jednostek, którym brak określonych narodowych, etnicznych, rasowych lub religijnych cech, a więc określanych w sposób negatywny⁵⁸.

Izba Apelacyjna w sprawie *Stakicia* uznała, że na podstawie prac przygotowawczych do Konwencji z 1948 r. o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa należy dojść do wniosku, że grupy chronione to te, które można odróżnić biorąc pod uwagę dobrze ustalone przynależne im cechy (np. przynależność etniczną, poglądy religijne)⁵⁹. Odnośnie do subiektywnego elementu postrzegania grupy przez sprawcę, Izba Apelacyjna stwierdziła, że może on stanowić istotny czynnik przy określaniu grupy, lecz jej nie definiuje; nie jest to i nie może być jedyny sposób na określenie grupy chronionej. Izba Apelacyjna przyjęła więc kryterium obiektywne przy definiowaniu grupy chronionej, a nie kryterium subiektywne, któremu przyznała rolę pomocniczą, lecz nie wyłączną. Ponadto to, czy grupa jest definiowana w sposób subiektywny lub obiektywny, nie ma znaczenia dla jej określenia w sposób negatywny lub pozytywny (są to dwie różne sprawy). W konsekwencji, w sytuacji, kiedy grupa jest definiowana w sposób negatywny, np. jako nie-Serbowie, nie ma znaczenia, w jaki sposób określa się skład grupy (subiektywnie czy obiektywnie), gdyż taka grupa nie korzysta z ochrony w ramach zakazu ludobójstwa. W konkluzji Izba Apelacyjna uznała, że Izba Orzekająca nie popełniła błędu uznając, że nie-Serbowie nie mogą być grupą chronioną⁶⁰. W tej sprawie należało odrębnie badać czyny popełnione wobec bośniackich Muzułmanów i bośniackich Chorwatów, a nie traktować ich jako chronioną grupę określoną negatywnie jako nie-Serbów⁶¹.

W doktrynie można znaleźć uwagi krytyczne dotyczące tego rozstrzygnięcia. Wskazuje się, że Izba Apelacyjna MTKJ nie wyjaśniła, dlaczego grupa

⁵⁷ Prokurator przeciwko M. Stakiciowi, Izba Orzekająca 2003, § 512.

⁵⁸ Prokurator przeciwko M. Stakiciowi, Izba Apelacyjna, 2006, § 20.

⁵⁹ *Ibidem*, § 21–22.

⁶⁰ *Ibidem*, § 25–26.

⁶¹ *Ibidem*, § 28.

określona w sposób negatywny na podstawie narodowych, etnicznych, rasowych lub religijnych cech nie miałyby podlegać takiej samej ochronie jak grupa określona w sposób pozytywny w oparciu o te same kryteria. Gdyby grupa zdefiniowana negatywnie składała się z kilku grup określonych pozytywnie, z których każdej przysługiwałaby ochrona, ochrona taka przysługiwałaby i grupie jako całości. Izba Apelacyjna mogła równie dobrze i słusznie uznać, że każda grupa określona w sposób negatywny ma u swojego podłoża definicję pozytywną. Np. członkowie negatywnie zdefiniowanej grupy nie-Serbów byli jej członkami na podstawie przynależności do innej – pozytywnie zdefiniowanej – grupy narodowej, np. bośniackich Muzułmanów lub bośniackich Chorwatów, jak w sprawie *Stakicia*. W konsekwencji można argumentować, że wszystkie grupy określone w sposób negatywny na podstawie cech narodowych, etnicznych, rasowych lub religijnych powinny być chronione przez art. 4 Statutu MTKJ ze względu na leżącą u ich podłoża pozytywną definicję⁶². Nawet jeśli uznać taki pogląd za słuszny, to powoduje to konieczność zdefiniowania grup określonych negatywnie poprzez wskazanie ich cech pozytywnych, czyli poprzez ich określenie jako grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej. Tym samym wraca się do punktu wyjścia. W tej konkretnej sprawie Trybunał badał popełnienie ludobójstwa wobec bośniackich Muzułmanów i bośniackich Chorwatów, a nie wobec nich traktowanych jako jedna grupa chroniona nie-Serbowie. Moim zdaniem, skoro termin „w całości lub w części” odnosi się do **zamiaru** zniszczenia grupy, to tak określone dwie grupy można potraktować łącznie i przyznać im ochronę jako nie-Serbom. Sytuacja byłaby inna, gdyby zwrot „w całości lub w części” odnosił się do **zniszczenia**, gdyż wtedy należałoby badać, czy rzeczywiście została zniszczona całość lub część grupy – odrębnie bośniackich Muzułmanów i bośniackich Chorwatów. Rzeczywiste zniszczenie nie jest jednak wymagane dla skazania za ludobójstwo. Przyjęcie możliwości łącznego potraktowania bośniackich Muzułmanów i bośniackich Chorwatów jest warunkowane wcześniejszym określeniem ich w sposób pozytywny (a nie negatywny) jako grup chronionych. Wydaje się, że Izba Apelacyjna była w tym względzie zbyt ostrożna, zwłaszcza że grupy chronione zostały określone jako takie przy zastosowaniu metody pozytywnej, a dopiero następnie potraktowane łącznie na cele zbadania, czy doszło do popełnienia ludobójstwa. Należy pamiętać, że decydujący jest zamiar zniszczenia, a nie samo zniszczenie grup chronionych, a tym przypadku zamiar ten odnosił się zarówno do bośniackich Muzułmanów, jak i bośniackich Chorwatów.

⁶² C. Mitchell, *Case Note. Prosecutor v Milomir Stakic [IT-97-24-A] (Appeals Chamber) (22 March 2006)*, „The Australian International Law Journal” 2006, Nr 13, s. 273.

3.4. Sprawa *Popovicia, Beary, Nikolicia, Borovčanina, Mileticia, Gvero i Pandurevicia*

W jednym z ostatnich orzeczeń wydanym dnia 10 czerwca 2010 r. w sprawie *Prokurator przeciwko V. Popoviciowi, L. Beara, D. Nikoliciowi, L. Borovčaninowi, R. Mileticiowi, M. Gvero i V. Pandureviciowi* Izba Orzekająca MTKJ przychyliła się do wniosku ze sprawy Stakicia i powtórzyła, że grupa chroniona przez zakaz ludobójstwa nie może zostać określona w sposób negatywny. Izba podkreśliła, że ludobójstwo obejmuje zamierzone zniszczenie wyodrębnionych grup ludzkich posiadających określoną tożsamość, np. religijną lub narodową. Grupa taka jest definiowana pozytywnie poprzez posiadanie cech narodowych, etnicznych, rasowych lub religijnych, a nie poprzez ich brak. Negatywnie określona grupa np. jako nie-Serbowie nie spełnia tych warunków⁶³. W tej sprawie grupa chroniona została określona jako bośniacy Muzułmanie, a jej część, przeciwko której został skierowany atak, jako Muzułmanie ze wschodniej Bośni. Izba Orzekająca – powołując się na Konstytucję Jugosławii z 1963 r. uznającą bośniackich Muzułmanów za naród – zaakceptowała taki wniosek⁶⁴.

4. Konkluzje

W orzecznictwie MTKJ i MTKR wyjaśniono pojęcia grupy etnicznej, rasowej, religijnej i narodowej oraz sformułowano kryteria określania charakteru tych grup.

Wskazuje się na dwa sposoby określenia grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej: obiektywny (sprawa *Akayesu*) i subiektywny (sprawy: *Nchamihigo, Bagilishemy, Kayishemy i Ruzindany*). Stosownie do pierwszego grupę należy traktować jako społeczny fakt, rzeczywistość, pojmowaną w stabilny i trwały sposób. Jednostki są uważane za członków grupy automatycznie na mocy samego faktu urodzenia i będące nimi w sposób nieodwracalny. Z kolei podejście subiektywne zakłada, że grupa istnieje w takim zakresie, w jakim członkowie grupy postrzegają siebie jako jej członków (samoidentyfikacja) bądź są tak postrzegani przez sprawców zbrodni ludobójstwa (identyfikacja przez innych). Wyjątkiem jest sprawa *Krsticia*, w której MTKJ przyjął sposób mieszany – uwzględnił kryterium obiektywne i subiektywne. Przyjęcie podejścia mieszanego należy uznać za właściwe i postulować jego stosowanie przez Trybunały, gdyż odzwierciedla ono z jednej strony odpowiednie znaczenie, jakie przywiązuje się do elementu decydującego ludobójstwa, czyli zamiaru i stanu umysłu sprawcy, a z drugiej strony nie

⁶³ *Prokurator przeciwko V. Popoviciowi, L. Beara, D. Nikoliciowi, L. Borovčaninowi, R. Mileticiowi, M. Gvero i V. Pandureviciowi*, Izba Orzekająca 2010, § 807–809.

⁶⁴ *Ibidem*, § 834 i 839–840.

pozwała na zbytne poszerzenie definicji ludobójstwa, które miałyby miejsce, gdyby zostało przyjęte tylko podejście subiektywne.

Nie wystarczy określenie grupy w sposób negatywny jako nienależącej do grupy sprawcy ludobójstwa, ponieważ ludobójstwo obejmuje zamiar zniszczenia wyodrębnionych grup ludzkich posiadających określoną tożsamość, np. religijną lub narodową. Grupa taka jest definiowana pozytywnie poprzez posiadanie cech narodowych, etnicznych, rasowych lub religijnych, a nie poprzez ich brak. Negatywnie określona grupa, np. jako nie-Serbowie, nie spełnia tych warunków.

**ACTUS REUS ZBRODNI PRZECIWKO LUDZKOŚCI
W ORZECZNICTWIE MIĘDZYNARODOWEGO
TRYBUNAŁU KARNEGO DLA BYŁEJ JUGOSŁAWII**

**ACTUS REUS OF THE CRIME AGAINST HUMANITY
IN THE LIGHT OF JURISDICTION
OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL
FOR THE FORMER YUGOSLAVIA**

Summary

Actus reus of the crime against humanity in accordance with article 5 of the ICTY Statute consists of separate acts, such as murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, persecutions and category of other inhumane acts. In contrary to the *mens rea*, *actus reus* is an objective element of the crime against humanity, which is proved by demonstrating that the perpetrator acted in a particular manner, depending on the act that he is charged with. Nevertheless, in order to be held criminally liable for crime against humanity in the form of torture, in the wording of article 5 of the ICTY Statute, it is not enough to prove that the perpetrator by his conduct caused severe pain or suffering in order to receive information or intimidate the victim, but also that his action constituted a part of widespread and systematic attack against civilian population in the time of armed conflict. As a consequence, *actus reus* of crime against humanity must be cumulatively fulfilled with its *chapeau* elements in order for the perpetrator to be found guilty of committing a crime against humanity in the wording of article 5 of the ICTY Statute.

keywords: crime against humanity, ICTY, *actus reus*, *chapeau* elements

1. Wstęp

Zgodnie z międzynarodowym prawem zwyczajowym zbrodnia przeciwko ludzkości, obok zbrodni ludobójstwa oraz zbrodni wojennych, stanowi jedną z najpoważniejszych zbrodni prawa międzynarodowego, której zakaz osiągnął charakter normy *ius cogens*. Zbrodnie przeciwko ludzkości są popeł-

nianie nie tylko podczas największych konfliktów zbrojnych, ale również w czasie pokoju. Zbrodnia przeciwko ludzkości we współczesnym prawie międzynarodowym, pomimo braku jej ujednoliconej definicji¹, nie pozostawia żadnych wątpliwości odnośnie do jej usytuowania. Zgodnie z zasadami ogólnymi prawa, uznanymi przez narody cywilizowane, zakaz popełniania tej zbrodni, po raz pierwszy ujęty w Statucie Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymberdze, stanowi obecnie normę międzynarodowego prawa zwyczajowego², która osiągnęła już charakter normy *ius cogens*³ (w rozumieniu artykułu 53 Konwencji o prawie traktatów⁴). Niemniej jednak żadne z powyższych nie byłoby możliwe, gdyby nie starania społeczności międzynarodowej, najbardziej widoczne po zakończeniu II wojny światowej, a trwające do dzisiaj.

Jedną z obecnie obowiązujących definicji zbrodni przeciwko ludzkości jest ta zawarta w Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (MTKJ) – jednego z dwóch międzynarodowych trybunałów karnych *ad hoc*⁵. Zgodnie z artykułem 5 Statutu MTKJ zbrodnią przeciwko ludzkości jest „jedna z następujących zbrodni wymierzona przeciwko ludności cywilnej, popełniona podczas trwania międzynarodowego lub wewnętrznego konfliktu zbrojnego: zabójstwo, eksterminacja, niewolnictwo, deportacja, uwięzienie, tortury, gwałt, prześladowanie ze względów politycznych, rasowych i religijnych oraz inne nieludzkie czyny”⁶. W definicji należy wyróżnić

¹ Definicje zbrodni przeciwko ludzkości, ujęte w różnych dokumentach międzynarodowych, takich jak karty Międzynarodowych Trybunałów Wojskowych, statuty Międzynarodowych Trybunałów Karnych *ad hoc* oraz Statut Stałego Międzynarodowego Trybunału Karnego, różnią się wzajemnie, głównie dlatego, iż sporządzane były w różnym czasie i odmiennych okolicznościach faktycznych. Tym samym nie istnieje jednolita dla całej społeczności międzynarodowej definicja zbrodni przeciwko ludzkości, tak jak na przykład zdefiniowano zbrodnię ludobójstwa w artykule 2 Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, sporządzonej w Paryżu dnia 9 grudnia 1948 r. (Dz.U. z 1952 r. Nr 2, poz. 9), która stanowi podstawę dla wykładni pojęcia ludobójstwa.

² J.A. Cabranes, *Customary international law: what it is and what it is not*, „Duke Journal of Comparative and International Law” 2011, Vol. 22, s. 149.

³ M.C. Bassiouni, *Crimes against humanity in international criminal law – second revised edition*, The Hague 1999, s. 210.

⁴ Artykuł 53 Konwencji Wiedeńskiej o prawie traktatów, sporządzonej w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. (Dz.U. z 1990 r., Nr 74, poz. 439, załącznik) stanowi, że imperatywną normą powszechnego prawa międzynarodowego (normą *ius cogens*) jest norma przyjęta i uznana przez międzynarodową społeczność państw jako całość za normę, od której żadne odstępstwo nie jest dozwolone i która może być zmieniona jedynie przez późniejszą normę powszechnego prawa międzynarodowego o tym samym charakterze.

⁵ Trybunał został powołany w dniu 25 maja 1993 r. na mocy rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ [United Nations Security Council Res. 827, U.N. Doc. S/RES/827, 1993. Statut MTKJ stanowi załącznik do Rezolucji (Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, United Nations Security Council Res. 827 Annex, U.N. Doc. S/RES/827, 1993)]. Jego pełna nazwa brzmi: Międzynarodowy Trybunał Karny do ścigania osób odpowiedzialnych za poważne naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego popełnione na terytorium byłej Jugosławii od 1991 roku.

⁶ Tłumaczenie treści Statutu MTKJ znajduje się m.in. w K. Lankosz, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych – wybór dokumentów*, Bielsko-Biała 2007, s. 271–282 (dalej – Statut MTKJ).

zarówno elementy *mens rea*, czyli zamiar i wiedzę sprawcy, jak i *actus reus* zbrodni przeciwko ludzkości. Ich uzupełnienie stanowią tzw. elementy *chapeau* zbrodni przeciwko ludzkości, które nadają kontekst popełnionemu czynowi⁷. Zatem, oprócz udowodnienia oskarżonemu posiadania zamiaru i wiedzy, a także istnienia przesłanek *chapeau*, poniesie on odpowiedzialność karną, jeżeli udowodniono mu również wypełnienie znamion poszczególnych czynów, stanowiących *actus reus* zbrodni przeciwko ludzkości⁸. *Actus reus* jest elementem obiektywnym⁹, czyli jednym z czynów enumeratywnie wymienionych w artykule 5 Statutu MTKJ¹⁰, który jeśli został popełniony w ramach rozległego lub systematycznego ataku na ludność cywilną w czasie trwania konfliktu zbrojnego, stanowi zbrodnię przeciwko ludzkości. W rezultacie, zgodnie z treścią artykułu 5 Statutu Trybunału, do *actus reus* zbrodni przeciwko ludzkości zalicza się zabójstwo, eksterminację, niewolnictwo, deportację, uwięzienie, tortury, zgwałcenie, prześladowanie z powodów politycznych, rasowych i religijnych oraz inne niehumanitarne czyny.

Celem niniejszego artykułu jest zatem przeprowadzenie, na podstawie orzecznictwa MTKJ, analizy elementów *actus reus* definicji zbrodni przeciwko ludzkości zawartej w artykule 5 Statutu Trybunału. Dokonanie tego rodzaju ewaluacji dotychczasowej wykładni Trybunału dotyczącej poszczególnych elementów *actus reus* zbrodni przeciwko ludzkości jest istotne głównie ze względu na fakt wdrażania strategii zakończenia prac Trybunału¹¹ oraz prowadzenie obecnie przez Komisję Prawa Międzynarodowego prac nad ujednoliceniem definicji zbrodni przeciwko ludzkości oraz powstaniem Konwencji w tym zakresie. Wykładnia poszczególnych elementów zbrodni przeciwko ludzkości, zarówno *mens rea*, jak i *actus reus*, zawarta w wyrokach Trybunału jugosłowiańskiego, stanowi znaczący wkład w dotychczasowy

⁷ Orzecznictwo MTKJ doprecyzowuje definicję zawartą w artykule 5 Statutu Trybunału, dodając jeszcze przesłankę popełnienia czynu w ramach rozległego lub systematycznego ataku przeciwko ludności cywilnej, czego sprawca musi mieć świadomość. Okoliczność ataku przeciwko ludności cywilnej oraz trwania konfliktu, tworząc dalszy kontekst zbrodni, składają się na tzw. elementy *chapeau* zbrodni przeciwko ludzkości. Zob. M. Cupido, *The Policy underlying crimes against humanity: practical reflections on a theoretical debate*, „Criminal Law Forum” 2011, Vol. 22, s. 276, 278–279.

⁸ C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core Crimes – Selected Pertinent Issues*, Berlin 2008, s. 85.

⁹ *Prosecutor v. Tadić*, ICTY, Case No IT-94-1-A, 1999, § 227.

¹⁰ A. Szpak, *Kontrola przestrzegania międzynarodowego prawa humanitarne w orzecznictwie międzynarodowych trybunałów karnych ad hoc*, Toruń 2011, s. 373.

¹¹ W listopadzie 2014 roku Prezes Trybunału, Theodor Meron, przedłożył Radzie Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych raport dotyczący m.in. wdrażania strategii zakończenia prac Trybunału oraz czynności z tym związanych (w tym danych statystycznych odnośnie spraw będących w toku). Zob. *Assessment and report of the Judge Theodor Meron, President of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, provided to the UN Security Council, covering the period of 17 of May to 15 of November 2014*, Annex I to the United Nations Security Council Resolution 827, U.N. Doc. S/RES/2014/827, 2014, s. 3–4.

dorobek prawa międzynarodowego w zakresie pojęcia zbrodni międzynarodowych, zwłaszcza zbrodni przeciwko ludzkości.

2. Zabójstwo

Znamiona zbrodni zabójstwa z artykułu 5 są identyczne jak znamiona zabójstwa z artykułu 3 Statutu MTKJ, czyli naruszenia praw lub zwyczajów wojennych¹². W sprawie *Kordica i Cerkeza* uznano również, że zbrodnia zabójstwa z artykułu 5 i 3 Statutu jest tożsama z zabójstwem wymienionym w artykule 2, czyli ciężkim naruszeniem Konwencji Genewskich z 1949 r.¹³. W sprawie *Krsticia* Izba uznała, że sprawca działał lub zaniechał działania z zamiarem zabójstwa lub spowodowania poważnego uszkodzenia ciała, przy czym sprawca był świadomy, iż może doprowadzić swoim zachowaniem do śmierci ofiary¹⁴. W konsekwencji *actus reus* zbrodni zabójstwa składa się z następujących elementów: 1) ofiara wymieniona w akcie oskarżenia nie żyje; 2) śmierć ofiary była spowodowana działaniem lub zaniechaniem oskarżonego lub osoby (osób), za której działanie lub zaniechanie oskarżony ponosi odpowiedzialność karną; 3) oskarżony lub osoba (osoby), za której działanie lub zaniechanie oskarżony ponosi odpowiedzialność karną, działał lub zaniechał działania z zamiarem zabójstwa lub spowodowania poważnego uszkodzenia ciała będąc świadomym, iż takie działanie lub zaniechanie może spowodować śmierć ofiary¹⁵.

W celu doprecyzowania znamion zabójstwa jako zbrodni przeciwko ludzkości Trybunał uznał, iż dla stwierdzenia popełnienia zabójstwa nie jest konieczne odnalezienie ciała ofiary, gdyż śmierć ofiary może być potwierdzona przez dowód z okoliczności¹⁶. Za czynniki uprawdopodobniające śmierć ofiary można uznać dowody niewłaściwego traktowania ofiary, schematy powtarzających się zaginięć lub niewłaściwego traktowania innych osób, śmierć innych osób w tym samym czasie, obecność ofiary na obszarze,

¹² *Prosecutor v. Stakic*, ICTY, Case No IT-97-24-T, 2003, § 631.

¹³ *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, ICTY, Case No IT-95-14/2-T, 2001, § 222, 236. Wynika to z faktu, iż znamiona zbrodni zabójstwa nie budzą wątpliwości, jako że przez zabójstwo rozumie się spowodowanie śmierci ofiary poprzez działanie lub zaniechanie sprawcy. Zob. *Prosecutor v. Delalic et al.*, ICTY, Case No IT-96-21-T, 1998, § 424.

¹⁴ *Prosecutor v. Krstic*, ICTY, Case No IT-98-33-T, 2001, § 485

¹⁵ *Prosecutor v. Krnojelac*, ICTY, Case No IT-97-25-T, 2002, § 324; *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, ICTY, Case No IT-95-14/2-T, 2001, § 236; *Prosecutor v. Delalic et al.*, ICTY, Case No IT-96-21-T, 1998, § 439.

¹⁶ *Prosecutor v. Lukic & Lukić*, ICTY, Case No IT-98-32/1-T, 2009, § 904; *Prosecutor v. Kvočka et al.*, ICTY, Case No IT-98-30/1-A, 2005, § 260. Dodatkowo, jak zostało to stwierdzone w sprawie *Lukicia*, dowód z okoliczności powinien wskazywać, że jedynym rozsądnym wnioskiem jest to, że ofiara zmarła w wyniku działania lub zaniechania sprawcy.

gdzie doszło do ataku zbrojnego lub fakt, że rodzina ofiary nie ma z nią kontaktu od dłuższego czasu¹⁷.

3. Eksterminacja

W celu odróżnienia zbrodni eksterminacji od zbrodni zabójstwa należy podkreślić, iż eksterminację charakteryzuje fakt, że sprawca działał z zamiarem spowodowania śmierci dużej liczby osób, tym samym różnicą jest skala popełnionej zbrodni¹⁸. W konsekwencji odpowiedzialność karna za zbrodnię eksterminacji opiera się głównie na dużej liczbie ofiar (czynie popełnionym na skalę masową) oraz udziale oskarżonego¹⁹. Trybunał długo nie definiował znamion eksterminacji, stąd gdy po raz pierwszy w sprawie *Krstica* postawiono zarzut jej dokonania, Izba Orzekająca odwołała się do wyroku Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy (MTKR) w sprawie *Akayesu*, w której Trybunał uznał, że głównym znamieniem eksterminacji jest udział oskarżonego lub jego podwładnego w zabójstwie określonych osób²⁰. Użycie słowa „osób” potwierdza fakt, iż zbrodnia eksterminacji ma miejsce, gdy co najmniej dwie osoby są jej ofiarami. W sprawie *Stakica* Izba Orzekająca uznała, że zbrodnia eksterminacji rozumiana jest nie tylko jak dokonanie zabójstw zbiorowych czy stworzenie warunków powodujących śmierć wielu osób, ale również zaplanowanie powyższych czynów²¹. Eksterminacja może polegać na bezpośrednim zabiciu ofiar z broni palnej bądź pośrednio, poprzez stworzenie warunków, które ostatecznie doprowadzą do ich śmierci²².

Istotnym aspektem zbrodni eksterminacji jest działanie lub zaniechanie oskarżonego z zamiarem zabicia osób na skalę masową²³, co wiąże się z pewną liczbą ofiar. Zgodnie z wyrokiem w sprawie *Lukica i Lukica* Izba Orzekająca uznała jednak, iż nie istnieje minimalna liczba ofiar konieczna do spełnienia tego kryterium, ponieważ skalę konkretnej zbrodni eksterminacji ocenia się biorąc pod uwagę takie czynniki jak: liczbę ofiar, kategorię ofiar, sposób dokonania czynu, terytorium, z którego pochodziły ofiary i jego gęstość zaludnie-

¹⁷ *Prosecutor v. Lukic & Lukić*, ICTY, Case No IT-98-32/1-T, 2009, § 904. Trybunał w sprawie *Marticia* (*Prosecutor v. Martić*, ICTY, Case No IT-95-11-T, 2007, § 60) uznał również, że nie jest koniecznym, aby sprawca miał zamiar skierowania czynu przeciwko konkretnej osobie – istotnym jest śmierć jakiegokolwiek osoby w wyniku działania lub zaniechania sprawcy.

¹⁸ M.C. Bassiouni, *Crimes against...*, s. 295.

¹⁹ S. Chesterman, *An altogether different order: defining the elements of crimes against humanity*, „Duke Journal of Comparative and International Law” 2000, Vol. 10, s. 336.

²⁰ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR, Case No ICTR-96-4-T, 1998, § 592.

²¹ *Prosecutor v. Stakić*, ICTY, Case No IT-97-24-T, 2003, § 634.

²² *Prosecutor v. Krstić*, ICTY, Case No IT-98-33-T, 2001, § 498. W sprawie *Stakica* (*Prosecutor v. Stakić*, ICTY, Case No IT-97-24-T, 2003, § 634) Trybunał stwierdził, iż pośrednie spowodowanie śmierci w szczególności może polegać na pozbawieniu ofiar pożywienia, nieodpowiedniej ochronie przed skrajnymi warunkami pogodowymi czy odmowie opieki medycznej.

²³ *Prosecutor v. Brdanin*, ICTY, Case No IT-99-36-T, 2004, § 395.

nia²⁴. W konsekwencji istotnym aspektem zbrodni eksterminacji jest śmierć wielu osób, stąd zbrodnia ta musi być dokonana na dużą skalę²⁵.

4. Niewolnictwo

Podstawowym znamieniem zbrodni niewolnictwa jest wykonywanie wobec konkretnej osoby uprawnień związanych z prawem własności²⁶. Już na wstępie należy jednak podkreślić, iż w orzecznictwie MTKJ pojawia się nie tylko zbrodnia niewolnictwa, ale również pojęcie niewolnictwa seksualnego, które jednak już w Statucie MTK jest odrębnym czynem enumeratywnie wymienionym w definicji zbrodni przeciwko ludzkości²⁷.

Po raz pierwszy przed Trybunałem Jugosłowiańskim postawiono zarzut popełnienia zbrodni niewolnictwa w sprawie *Kunaracia, Kovacia i Vukovicia*. Izba Orzekająca odwołała się do definicji niewolnictwa zawartej w Konwencji w sprawie niewolnictwa z 1926 r., zgodnie z którą niewolnictwo jest rozumiane jako „stan lub sytuacja osoby, wobec której wykonywane są niektóre lub wszelkie uprawnienia związane z prawem własności”²⁸. Ostatecznie Trybunał uznał, że zgodnie z międzynarodowym prawem zwyczajowym niewolnictwo jako zbrodnia przeciwko ludzkości oznacza wykonywanie niektórych lub wszystkich praw własności nad konkretną osobą, przy czym sprawca musi działać z zamiarem wykonywania tych uprawnień²⁹. Za okoliczności wskazujące na popełnienie zbrodni niewolnictwa Trybunał uznał między innymi przejawy kontroli i posiadania, ograniczenie lub kontrolę autonomii osoby, ograniczenia lub kontrolę wolności wyboru bądź swobody poruszania się, z których to okoliczności często wynika zysk dla sprawcy³⁰.

W sprawie *Kunaracia, Kovacia i Vukovicia* Trybunał odniósł się również do kwestii niewolnictwa seksualnego. Oskarżonym postawiono zarzut przetrzymywania, gwałtów oraz tortur na tle seksualnym dokonywanych na kobietach muzułmańskich o bośniackim pochodzeniu w miejscowości Foca, przy

²⁴ *Prosecutor v. Lukić & Lukić*, ICTY, Case No IT-98-32/1-T, 2009, § 938, 943–945. W tej sprawie Trybunał uznał, że zabicie 59 osób jest zabójstwem na skalę masową, tym samym stanowi zbrodnię przeciwko ludzkości w postaci eksterminacji.

²⁵ A. Szpak, *Kontrola przestrzegania...*, s. 389.

²⁶ A.T. Gallagher, *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge 2010, s. 213.

²⁷ Artykuł 7 Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzonego w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r., Dz.U. z 2003 r., Nr 78, poz. 708 (dalej – Statut MTK).

²⁸ Artykuł 1 Konwencji w sprawie niewolnictwa, sporządzonej w Genewie dnia 25 września 1926 r., Dz.U. z 1931 r., Nr 4, poz. 21.

²⁹ *Prosecutor v. Kunarac et al.*, ICTY, Case No IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, 2001, § 539–540; *Prosecutor v. Krnojelac*, ICTY, Case No IT-97-25-T, 2002, § 350.

³⁰ *Prosecutor v. Kunarac et al.*, ICTY, Case No IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, 2001, § 542. W tym samym wyroku Trybunał uznał dodatkowo, że o popełnieniu zbrodni niewolnictwa świadczy eksploatacja osoby, praca przymusowa wiążąca się z trudnościami fizycznymi, wykorzystywanie seksualne, przymusowa prostytutka oraz handel ludźmi, co ostatecznie wiąże się z pewną korzyścią dla sprawcy. Należy zauważyć, iż podstawowym aspektem zbrodni niewolnictwa jest brak zgody ofiary.

czym niektóre kobiety były również brane przez żołnierzy do niewoli³¹. W rezultacie należy zwrócić szczególną uwagę na fakt, iż zbrodnia niewolnictwa musi być powiązana z określonym celem, często związanym z dokonywaniem innych zbrodni, tak jak ma to miejsce między innymi przy zbrodni niewolnictwa w celu wykorzystania ofiary do przymusowej pracy. Z tego powodu samo długotrwałe pozbawienie wolności ofiary nie może być uznane za zbrodnię niewolnictwa³². Należy również podkreślić, że mimo iż istnieje wiele wiążących dokumentów międzynarodowych zawierających definicję niewolnictwa, a w prawie międzynarodowym odróżnia się niewolnictwo od innych form niewoli, to międzynarodowe prawo karne kwalifikuje niewolnictwo wyłącznie jako zbrodnię przeciwko ludzkości³³.

5. Deportacja

W artyku 5 Statutu MTKJ wymieniono także zbrodnię deportacji. Na początku należy jednak odróżnić pojęcie deportacji od przymusowych przemieszczeń, ponieważ zgodnie z międzynarodowym prawem zwyczajowym pojęcia te nie są tożsame³⁴. Deportacja stanowi przymusowe przesiedlenie ludności z jednego państwa do innego, tym samym w ramach deportacji istotne jest przekroczenie granic państwowych, podczas gdy przymusowe przemieszczenie ogranicza się do przeniesienia ludności w obrębie jednego państwa³⁵. Trybunał w sprawie *Krnjelacija* uznał, że przez deportację rozumie się przymusowe przesiedlenie ludności z terytorium, na którym przebywają legalnie, wbrew normom prawa międzynarodowego, poprzez wysiedlenie ludności lub inny czyn o charakterze przymusowym³⁶. Istotnym aspektem deportacji jest fakt, iż dokonuje się jej wbrew woli ludności, która

³¹ P.V. Sellers, *Wartime Female Slavery: Enslavement?*, „The Cornell International Law Journal” 2011, Vol. 44, s. 125. Miejsca tych zatrzymań były później określane jako „obozy gwałtów”, w których żołnierze serbscy mieli bezpośredni dostęp do przetrzymywanych dziewczynek i kobiet będących ofiarami gwałtów, tortur i poniżeń. Zob. A. Szpak, *Kontrola przestrzegania...*, s. 392.

³² *Prosecutor v. Kunarac et al.*, ICTY, Case No IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, 2001, § 117, 542. Izba Apelacyjna w sprawie Kunaraca uznała również, że niewolnictwo stanowi pewne zaprzeczenie osobowości prawnej ofiary, jako że nie ma ona możliwości dochodzenia swoich praw przed sądem.

³³ J. Allain, *R v Tang: Clarifying the definition of „slavery” in international law*, „Melbourne Journal of International Law” 2009, Vol. 10, s. 256.

³⁴ *Prosecutor v. Krstic*, ICTY, Case No IT-98-33-T, 2001, § 521.

³⁵ M.C. Bassiouni, *Crimes against...*, s. 312. W rezultacie deportacja jest odrębnym czynem wymienionym w definicji zbrodni przeciwko ludzkości zawartej w Statucie MTKJ, natomiast przymusowe przeniesienia ludności Trybunał zalicza do kategorii innych nieludzkich czynów. Zob. *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, ICTY, Case No IT-95-16-T, 2000, § 566.

³⁶ *Prosecutor v. Krnjelac*, ICTY, Case No IT-97-25-T, 2002, § 474. W tym samym wyroku Izba Orzekająca powołując się na artykuł 49 Konwencji Genewskiej o ochronie osób cywilnych podczas wojny (Dz.U. z 1956 r., Nr 38, poz. 171, załącznik), uznała, że deportacja jest nielegalna, gdy jest wymuszona, co często wiąże się z użyciem siły fizycznej lub groźbą jej użycia.

nie ma możliwości wyboru³⁷. W nawiązaniu do kryterium przekroczenia granic państwowych należy podkreślić, iż mogą to być zarówno granice uznane przez społeczność międzynarodową, jak i te nieuznane, czyli tzw. granice *de facto*, których przykładem mogą być ulegające zmianom linie frontu podczas konfliktu zbrojnego³⁸. W takich sytuacjach za deportację uznaje się przymusowe przesiedlenie ludności na terytorium podlegające kontroli faktycznej wykonywanej przez inną stronę konfliktu³⁹.

Obrona, między innymi w sprawie *Stakicia*, podnosiła, iż w celu uznania określonego przesiedlenia za zbrodnię deportacji wymagana jest minimalna liczba osób nią objętych. Izba Orzekająca uznała jednak, że orzecznictwo Trybunału nie wymienia takiego kryterium, a jego istnienie stanowiłoby zaprzeczenie ochrony wynikającej z zakazu deportacji ludności⁴⁰. Bezspornym jest fakt, że międzynarodowe prawo humanitarne przewiduje sytuacje, w których przesiedlenie ludności w czasie konfliktu zbrojnego jest dopuszczalne między innymi, jeśli wymaga tego bezpieczeństwo osób zainteresowanych lub nadrzędne względy militarne⁴¹. W sprawie *Stakicia* Izba Apelacyjna uznała dodatkowo, iż w celu poniesienia indywidualnej odpowiedzialności karnej za dokonanie deportacji nie wymaga się, aby sprawca miał zamiar przesiedlenia osób na stałe⁴². Z kolei fakt, czy ofiary rzeczywiście były w stanie później wrócić do miejsc, z których zostały przesiedlone, pozostaje bez znaczenia dla oceny legalności deportacji⁴³. Mimo istnienia artykułu 49 Konwencji Genewskiej o ochronie osób cywilnych pod-

³⁷ *Ibidem*, § 475. Jednocześnie należy podkreślić, iż zgodnie z argumentacją Trybunału przesiedlenie ludności przeprowadzone zgodnie z porozumieniem między przywódcami politycznymi lub wojskowymi bądź pod auspicjami Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża (MKCK) lub innej organizacji neutralnej nie powoduje, iż takie przesiedlenie jest dobrowolne. Zob. *Prosecutor v. Gotovina et al.*, ICTY, Case No IT-06-90-T, 2011, § 1739; *Prosecutor v. Stakic*, ICTY, Case No IT-97-24-A, 2006, § 286; *Prosecutor v. Naletilic & Martinovic*, ICTY, Case No IT-98-34-T, 2003, § 523; *Prosecutor v. Simic et al.*, ICTY, Case No IT-95-9-T, 2003, § 127.

³⁸ *Prosecutor v. Stakic*, ICTY, Case No IT-97-24-T, 2003, § 679.

³⁹ *Ibidem*. Z tego powodu możliwe było uznanie za deportację przesiedlenia na terytorium Czarnogóry ludności zamieszkałej w Kosowie mimo argumentacji obrony, iż oba terytoria znajdowały się w obrębie FRJ. Zob. K. Margetts, K.I. Kappos, *Current Developments at the Ad Hoc International Criminal Tribunals*, „Journal of International Criminal Justice” 2011, Vol. 9, s. 1160.

⁴⁰ *Prosecutor v. Stakic*, ICTY, Case No IT-97-24-T, 2003, § 685.

⁴¹ Artykuł 49 Konwencji Genewskiej o ochronie osób cywilnych podczas wojny, sporządzonej w Genewie dnia 12 sierpnia 1949 r. W takich sytuacjach przesiedlenie ludności ma jednak charakter tymczasowy i powinno być przeprowadzone w taki sposób, aby zapewnić ludności przesiedlonej jak najszybszy powrót do swoich domów. Zob. *Prosecutor v. Krstic*, ICTY, Case No IT-98-33-T, 2001, § 524; *Prosecutor v. Krajisnik*, ICTY, Case No IT-00-39-T, 2006, § 725. W konsekwencji przesiedlenie ludności stanowi zbrodnię deportacji tylko wtedy, gdy zostało przeprowadzone w ramach rozległego lub systematycznego ataku przeciwko ludności cywilnej w czasie trwania konfliktu zbrojnego.

⁴² *Prosecutor v. Stakic*, ICTY, Case No IT-97-24-A, 2006, § 307.

⁴³ *Prosecutor v. Simic et al.*, ICTY, Case No IT-95-9-T, 2003, § 132-134.

czas wojny, który jest uznawany za „fundamentalny artykuł zakazujący deportacji”⁴⁴, kwestia jej kwalifikacji wciąż pozostaje zatem niejasna⁴⁵.

6. Uwięzienie

Prokurator w zaledwie kilku sprawach przed Trybunałem postawił zarzut popełnienia zbrodni przeciwko ludzkości w postaci uwięzień⁴⁶. Należy podkreślić, iż uwięzienie stanowi zbrodnię przeciwko ludzkości jedynie, gdy jest samowolne, nie mając tym samym podstawy prawnej⁴⁷. Próbując zdefiniować zbrodnię uwięzienia, Trybunał odwołał się do postanowień Konwencji Genewskiej, która przewiduje możliwość „internowania osób podlegających ochronie lub wyznaczenie im przymusowego miejsca zamieszkania, jeżeli wymaga tego bezwzględnie bezpieczeństwo państwa, w którego władzy osoby te się znajdują”⁴⁸. Jakkolwiek inne bezprawne uwięzienie osób cywilnych stanowi, zgodnie z artykułem 2 Statutu MTKJ, ciężkie naruszenie Konwencji Genewskich z 1949 r. Natomiast w sytuacji, gdy osoby cywilne zostały samowolnie uwięzione w ramach rozległego lub systematycznego ataku przeciwko ludności cywilnej w czasie trwania konfliktu zbrojnego, czyn ten stanowić będzie zbrodnię przeciwko ludzkości.

Zarzut uwięzienia osób cywilnych po raz pierwszy postawiono w sprawie *Kordicia i Cerkeza*, w której Prokurator stwierdził, iż znamiona zbrodni uwięzienia są tożsame ze znamionami bezprawnego lub samowolnego pozbawienia wolności ludności cywilnej określonego w artykule 2 Statutu Trybunału⁴⁹. Trybunał uznał, iż uwięzienie jest bezprawne, gdy spełnione są następujące warunki:

- 1) ludność cywilna została zatrzymana z naruszeniem artykułu 42 Konwencji Genewskiej o ochronie osób cywilnych podczas wojny;
- 2) nie zachowano gwarancji proceduralnych określonych w artykule 43 tejże Konwencji;

⁴⁴ *Prosecutor v. Stakic*, ICTY, Case No IT-97-24-A, 2006, § 306.

⁴⁵ Rozróżnienie, jakiego dokonał Trybunał między deportacją a przymusowym przemieszczeniem, pozostaje bez znaczenia dla ofiar tych czynów, gdyż zakaz popełniania obu tych zbrodni chroni te same wartości, czyli prawo ofiary do pozostania w swoim domu i miejscowości oraz prawo do niepozbawiania jej własności podczas przymusowego przesiedlenia. Zob. M. Jacques, *Armed Conflict and Displacement – The Protection of Refugees and Displaced Persons under International Humanitarian Law*, Cambridge 2012, s. 134.

⁴⁶ W.A. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge 2006, s. 205.

⁴⁷ R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure – second edition*, Cambridge 2010, s. 250.

⁴⁸ Artykuł 42 Konwencji Genewskiej o ochronie osób cywilnych podczas wojny.

⁴⁹ *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, ICTY, Case No IT-95-14/2-T, 2001, § 292; *Prosecutor v. Simic et al.*, ICTY, Case No IT-95-9-T, 2003, § 59. Artykuł 2 Statutu MTKJ definiuje ciężkie naruszenia Konwencji Genewskich z 1949 r.

- 3) uwięzienie osób cywilnych nastąpiło w ramach rozległego lub systematycznego ataku przeciwko ludności cywilnej⁵⁰.

Argumentacja przeprowadzona w sprawie *Kordicia i Cerkeza* prowadzi do wniosku, że definicja zbrodni przeciwko ludzkości w postaci uwięzienia ogranicza się do tej zawartej w artykule 2 Statutu. Jednakże w sprawie *Krnjelacia* Izba Orzekająca nie zgodziła się z powyższym wnioskiem, uznając, że zbrodnia przeciwko ludzkości w postaci uwięzienia oznacza jakąkolwiek formę fizycznego pozbawienia wolności osoby cywilnej w sposób samowolny, dopóki spełnia ona kryterium *mens rea* zawarte w artykule 5 Statutu⁵¹. W rezultacie Trybunał uznał, że zbrodnia uwięzienia składa się z następujących elementów:

- 1) osoba zostaje pozbawiona wolności;
- 2) pozbawienie wolności następuje w sposób samowolny, czyli bez przedstawienia podstawy prawnej;
- 3) sprawca lub osoby, za które ponosi on odpowiedzialność karną, działał lub zaniechał działania, w wyniku którego osoba została pozbawiona wolności fizycznej, przy czym sprawca działał lub zaniechał działania z zamiarem samowolnego pozbawienia wolności lub miał świadomość, że jego zachowanie może do tego doprowadzić⁵².

Ze względu na fakt, iż artykuł 5 Statutu MTKJ wymaga, aby zbrodnia przeciwko ludzkości została popełniona w czasie trwania konfliktu zbrojnego, Trybunał w definiowaniu zbrodni uwięzienia powoływał się na postanowienia IV Konwencji Genewskiej, która tworzy pewne gwarancje ochrony ludności cywilnej podczas konfliktów zbrojnych⁵³.

7. Tortury

Zakaz tortur ma charakter *erga omnes*⁵⁴, a ich pojęcie jest przedmiotem wielu dokumentów międzynarodowych⁵⁵. Mimo że zjawisko tortur jest dość jasno określone w prawie międzynarodowym, Statut MTKJ nie wyjaśnia tego pojęcia⁵⁶. Trybunał przy kwalifikacji czynu jako zbrodni tortur odniósł się do po-

⁵⁰ *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, ICTY, Case No IT-95-14/2-T, 2001, § 303.

⁵¹ *Prosecutor v. Krnjelac*, ICTY, Case No IT-97-25-T, 2002, § 112.

⁵² *Ibidem*, § 115. Izba Orzekająca próbując wyjaśnić kwalifikację zbrodni uwięzienia, uznała w kolejnych sprawach przed Trybunałem, że uwięzienie stanowi jakiegokolwiek pozbawienie wolności fizycznej, z wyjątkiem tego, które nastąpiło w wyniku wyroku skazującego za popełnienie przestępstwa. Zob. *Prosecutor v. Simic et al.*, ICTY, Case No IT-95-9-T, 2003, § 66.

⁵³ A. Szpak, *Kontrola przestrzegania...*, s. 398.

⁵⁴ *Prosecutor v. Furundžija*, ICTY, Case No IT-95-17/1-T, 1998, § 151.

⁵⁵ N. Barbero, *La tortura como crimen contra la humanidad*, „Revista de Derecho Penal y Criminología” 2011, Vol. 3, No 6, s. 182.

⁵⁶ R. Lord, *The liability of non-state actors for torture in violation of international humanitarian law: an assessment of the jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, „Melbourne Journal of International Law” 2003, Vol. 4, s. 113–115.

stanowień Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania⁵⁷. W definicji tortur zawartej w Konwencji wyróżnić można następujące elementy:

- 1) każde działanie (w tym zaniechanie);
- 2) ból lub cierpienie zadawane umyślnie;
- 3) zadawanie bólu i cierpienia ma określony cel;
- 4) tortury są dokonywane przez funkcjonariusza państwowego (bądź osoby pełniące funkcje o podobnym charakterze)⁵⁸.

Ze względu na fakt, iż tak jak w przypadku zbrodni zabójstwa czy uwięzienia, również tortury mogą stanowić zarówno zbrodnię przeciwko ludzkości z artykułu 5 Statutu MTKJ jak i ciężkie naruszenie Konwencji Genewskich z 1949 r. zawarte w artykule 2 Statutu MTKJ, Trybunał uznał, że definicja tortur jest identyczna, bez względu na artykuł, który stanowi podstawę dla zarzutu stawianego oskarżonemu⁵⁹. W rezultacie elementem decydującym podczas kwalifikacji określonego czynu jako zbrodni tortur jest kontekst, w jakim go dokonano, czyli cel zadawanego bólu lub cierpienia, jego zamiar oraz osoba sprawcy⁶⁰.

Trybunał uznał, że definicja tortur zawarta w Konwencji z 1984 r. stanowi pewne porozumienie w tym zakresie, które odzwierciedla międzynarodowe prawo zwyczajowe⁶¹. Na podstawie tej definicji tortur wyróżniono cele, dla których osoba jest poddawana torturom, do których należą uzyskanie informacji lub zeznań, ukaranie, zastraszenie, wymuszenie pewnego zachowania bądź jakiegokolwiek inny cel związany z dyskryminacją ofiary lub osoby trzeciej⁶². Zgodnie z argumentacją Izby Orzekającej w sprawie *Delalicia* nie ma wymogu, aby tortury zostały popełnione w jednym z wyżej wymienionych

⁵⁷ Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 grudnia 1984 r. (Dz.U. z 1989 r., Nr 63, poz. 378). Zgodnie z brzmieniem artykułu 1 Konwencji tortury są rozumiane jako każde działanie, którym jakiegokolwiek osobie umyślnie zadaje się ostry ból lub cierpienie, fizyczne bądź psychiczne, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, w celu ukarania jej za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo o którego dokonanie jest ona podejrzana, a także w celu zastraszenia lub wywarcia nacisku na nią lub trzecią osobę albo w jakimkolwiek innym celu wynikającym z wszelkiej formy dyskryminacji, gdy taki ból lub cierpienie powodowane są przez funkcjonariusza państwowego lub inną osobę występującą w charakterze urzędowym lub z ich polecenia albo za wyraźną lub milczącą zgodą.

⁵⁸ A. Szpak, *Ewolucja definicji tortur w orzecznictwie Międzynarodowego Trybunału Karnego ds. Zbrodni w byłej Jugosławii*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2009, Vol. 7, s. 150.

⁵⁹ *Prosecutor v. Brđanin*, ICTY, Case No IT-99-36-T, 2004, § 482; *Prosecutor v. Delalic et al.*, ICTY, Case No IT-96-21-T, 1998, § 468-469; *Prosecutor v. Krnojelac*, ICTY, Case No IT-97-25-T, 2002, § 178.

⁶⁰ Istotnym podkreślenia jest fakt, iż w prawie międzynarodowym karze podlega zbrodnia tortur popełniona zarówno w czasie pokoju, jak i w czasie konfliktu zbrojnego. Zob. A. Cassese, P. Gaeta, *Cassese's International Criminal Law – third edition*, Oxford 2013, s. 135.

⁶¹ *Prosecutor v. Kunarac et al.*, ICTY, Case No IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, 2001, § 472.

⁶² *Ibidem*, § 485.

celów, gdyż zwrot „jakikolwiek inny cel związany z dyskryminacją” sprawia, że jest to katalog otwarty⁶³, a wcześniejsze przykłady mają za zadanie ukazać charakter samego czynu. Szczególnym celem tortur jest upokorzenie ofiary⁶⁴. Analizując dalej istotę zbrodni tortur, Trybunał w sprawie *Krnjelac* odniósł się między innymi do zwrotu „ostry ból lub cierpienie”, uznając, że jedynie czyn poważnej wagi może być uważany za tortury, tym samym przesłuchanie samo w sobie lub drobne znieważenie nietykalności cielesnej ofiary nie spełnia tego kryterium⁶⁵.

Istotnym wydaje się być fakt, że w sprawie *Kunaracia* Izba Orzekająca uznała, że międzynarodowe prawo humanitarne nie wymaga uczestnictwa funkcjonariusza państwowego lub innej osoby pełniącej funkcje o podobnym charakterze, aby określony czyn mógł być zakwalifikowany jako zbrodnia tortur⁶⁶, co zostało potwierdzone również w sprawie *Kvočka*⁶⁷. Trybunał wyodrębnił kilka czynów, które z samej swej istoty stanowią zbrodnię tortur. Należą do nich: bicie; przemoc seksualna; długotrwała odmowa snu, jedzenia, higieny lub opieki medycznej; groźby torturowania, zgwałcenia lub zabicia członków rodziny ofiary; okaleczanie ciała⁶⁸. W sprawie *Kunaracia* Trybunał do kategorii czynów, które z samej swej istoty stanowią tortury zaliczył również zgwałcenie, jako że powoduje u ofiary ostry ból i cierpienie, zarówno fizyczne jak i psychiczne⁶⁹, mając najczęściej na celu upokorzenie ofiary.

8. Zgwałcenie

Zgwałcenie, będąc kolejnym czynem wymienionym w artykule 5 Statutu MTKJ, stanowi jedną z najcięższych oraz najbardziej dotkliwych dla ofiary form przemocy seksualnej, dokonywanej na ludności cywilnej podczas kon-

⁶³ *Prosecutor v. Delalic et al.*, ICTY, Case No IT-96-21-T, 1998, § 470.

⁶⁴ *Prosecutor v. Furundžija*, ICTY, Case No IT-95-17/1-T, 1998, § 162; *Prosecutor v. Kvočka et al.*, ICTY, Case No IT-98-30/1-T, 2001, § 157.

⁶⁵ *Prosecutor v. Krnjelac*, ICTY, Case No IT-97-25-T, 2002, § 181-183. Interesującym jest fakt, że samo pozbawienie wolności nie stanowi co do zasady zbrodni tortur, niemniej jednak jeżeli ze względu na swoją restrykcyjność, czas trwania oraz cel pozbawienie to spowodowało u ofiary ogromne cierpienie fizyczne i psychiczne, może być uznane za zbrodnię tortur. Celem oceny, czy określone działanie lub zaniechanie sprawcy stanowiło zbrodnię tortur, należy rozważyć następujące elementy: charakter i kontekst zadawanego bólu, zamiar znęcania się, stan fizyczny ofiary, stosunek podporządkowania ofiary oraz długość okresu, w którym ofiara jest poddawana różnym formom znęcania.

⁶⁶ *Prosecutor v. Kunarac et al.*, ICTY, Case No IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, 2001, § 496

⁶⁷ *Prosecutor v. Kvočka et al.*, ICTY, Case No IT-98-30/1-T, 2001, § 139. Izba Apelacyjna w sprawie *Kunaracia* dodatkowo uznała, że międzynarodowe prawo zwyczajowe nie wymaga udziału funkcjonariusza państwowego w celu poniesienia indywidualnej odpowiedzialności karnej za zbrodnię tortur.

⁶⁸ *Prosecutor v. Kvočka et al.*, ICTY, Case No IT-98-30/1-T, 2001, § 144. Do innych metod używanych podczas tortur należą między innymi: wyrywanie paznokci lub zębów, przypalanie, rażenie prądem, podtapianie, podawanie narkotyków w instytucjach psychiatrycznych lub ośrodkach detencyjnych. Zob. A. Szpak, *Ewolucja definicji...*, s. 153.

⁶⁹ *Prosecutor v. Kunarac et al.*, ICTY, Case No IT-96-23-A and IT-96-23/1-A, 2002, § 150.

fliktów zbrojnych⁷⁰. Podczas konfliktu jugosłowiańskiego ofiarami gwałtów nie były jednak tylko kobiety czy dziewczynki, ale również mężczyźni, co zostało potwierdzone istnieniem wielu udokumentowanych przypadków gwałtów dokonanych na mężczyznach bądź chłopcach⁷¹. Oczywistym jest fakt istnienia dowodów, że liczba gwałtów, których ofiarą były kobiety, jest zdecydowanie większa, niemniej jednak te dokonywane na mężczyznach charakteryzowały się podobną regularnością i powszechnością⁷². W przeciwieństwie do Trybunału Rwandyjskiego, MTKJ uważany jest za trybunał, który ma dość jednolitą strategię wobec ścigania osób odpowiedzialnych za zbrodnię zgwałcenia, czego przykładem jest sprawa *Kunaracia*, w której jako pierwszej przed MTKJ odniesiono się w całości do zarzutu popełnienia zbrodni tortur w postaci przemocy seksualnej oraz zbrodni zgwałcenia⁷³. W tej samej sprawie Trybunał po raz pierwszy zakwalifikował niewolnictwo seksualne jako zbrodnię niewolnictwa w rozumieniu artykułu 5 Statutu MTKJ⁷⁴.

Trybunał, próbując zdefiniować pojęcie gwałtu, odwołał się na początku do orzecznictwa MTKR⁷⁵, uznając, że gwałt oznacza napaść fizyczną natury seksualnej, dokonaną w okolicznościach przymusu⁷⁶. W konsekwencji Trybunał wyróżnił następujące elementy zbrodni gwałtu:

- 1) penetracja seksualna;
- 2) przymus lub użycie siły bądź groźba jej użycia wobec ofiary gwałtu lub osoby trzeciej⁷⁷.

Analizując kwestię okoliczności towarzyszących zgwałceniu, Trybunał wyróżnił trzy sytuacje:

- 1) czynności seksualnej towarzyszy użycie siły bądź groźba jej użycia wobec ofiary lub osoby trzeciej;

⁷⁰ R. Manjoo, C. McRaith, *Gender-Based Violence and Justice in Conflict and Post-Conflict Areas*, „Cornell International Law Journal” 2011, Vol. 44, s. 11–12; S. Sivakumaran, *Sexual Violence Against Men in Armed Conflicts*, „The European Journal of International Law” 2007, Vol. 18, № 2, s. 257–258.

⁷¹ Final Report of United Nations Commission of Experts Established Pursuant to the Security Council Resolution 780 (1992), U.N. Doc. S/1994/674 and U.N. Doc. S/1994/674/Add. 2, Annex IX, Rape and Sexual Assault.

⁷² S. Sivakumaran, *Sexual Violence ...*, s. 259–261.

⁷³ H. Nichols Haddad, *Mobilizing the Will to Prosecute: Crimes of Rape at the Yugoslav and Rwandan Tribunals*, „Human Rights Review” 2011, Vol. 12, s. 110–111.

⁷⁴ R. Dixon, *Rape as a Crime in International Humanitarian Law: Where to from Here?*, „The European Journal of International Law” 2002, Vol. 13, № 3, s. 699.

⁷⁵ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR, Case № ICTR-96-4-T, 1998, § 597.

⁷⁶ Trybunał użył powyższej definicji między innymi w sprawie *Delalicia*, *Kunaracia* oraz *Furundzija*.

⁷⁷ *Prosecutor v. Kunarac et al.*, ICTY, Case № IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, 2001, § 437; *Prosecutor v. Furundzija*, ICTY, Case № IT-95-17/1-T, 1998, § 185.

- 2) czynności seksualnej towarzyszy użycie siły bądź inne okoliczności, które powodują bezbronność ofiary lub niemożność wyrażenia przez nią sprzeciwu;
- 3) czynność seksualna odbywa się bez zgody ofiary⁷⁸.

Istotną wydaje się być uwaga, jaką poczyniła Izba Apelacyjna w sprawie *Kunaracia*, uznając, iż stawianie oporu przez ofiarę nie jest konieczne w celu uznania określonego czynu za gwałt⁷⁹.

Należy podkreślić, że gwałt nie był jedynie „produktem ubocznym” konfliktu jugosłowiańskiego, lecz dokonywany był umyślnie i systematycznie i miał na celu sterroryzowanie całych wspólnot oraz wymuszenie, aby opuściły one swoje domy⁸⁰. Tworzono tzw. „obozy gwałtów”, w których przetrzymywane kobiety i dziewczynki były systematycznie gwałcone oraz, jeżeli w wyniku gwałtów zaszły w ciążę, przetrzymywane do momentu porodu w celu uniemożliwienia im dokonania aborcji⁸¹. Tego rodzaju postępowanie potwierdza, że gwałt, będący jedynie jedną z form przemocy seksualnej, stanowił element polityki stron konfliktu mający za zadanie zastraszenie, sterroryzowanie oraz upokorzenie ludności cywilnej⁸².

9. Prześladowanie z powodów politycznych, rasowych i religijnych

Prześladowanie najczęściej jest połączeniem kilku czynów, co zdecydowanie utrudnia stworzenie jego jednolitej definicji⁸³. Elementem wspólnym dla wszystkich form prześladowania jest jego *mens rea*, czyli dopuszczenie się prześladowania z zamiarem dyskryminacji jego ofiar z powodów wymienionych w artykule 5 Statutu MTKJ⁸⁴, który to zamiar dyskryminacji odnosi się wyłącznie do zbrodni prześladowania. Analizę samego zjawiska prześla-

⁷⁸ *Prosecutor v. Kunarac et al.*, ICTY, Case No IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, 2001, § 442.

⁷⁹ *Prosecutor v. Kunarac et al.*, ICTY, Case No IT-96-23-A and IT-96-23/1-A, 2002, § 128. Zgodnie z argumentacją Trybunału wynika to z faktu, że okoliczności gwałtu sprawiają, że ofiara znajduje się w stanie uniemożliwiającym stawianie oporu, będąc szczególnie wrażliwą i niemogącą sprzeciwić się działaniu sprawcy z powodu niezdolności fizycznej lub psychicznej. Zob. *Prosecutor v. Kunarac et al.*, ICTY, Case No IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, 2001, § 446.

⁸⁰ H. Nichols Haddad, *Mobilizing the Will...*, s. 113.

⁸¹ *Ibidem*, s. 114.

⁸² Dodać należy, iż obecnie w prawie międzynarodowym zakaz gwałtu stanowi normę *ius cogens*. Zob. D.S. Mitchell, *The prohibition of rape in international humanitarian law as a norm of jus cogens: clarifying the doctrine*, „Duke Journal of Comparative and International Law” 2005, Vol. 15, s. 235.

⁸³ F.Z. Ntouband, *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law*, Leiden 2007, s. 76. W rezultacie nie zdefiniowano tego czynu w międzynarodowym prawie karnym bądź w ważniejszych krajowych systemach prawnych.

⁸⁴ F. Pocar, *Persecution as a Crime Under International Criminal Law*, „Journal of National Security Law and Policy” 2008, Vol. 2, s. 358.

dowania należy rozpocząć od stwierdzenia, iż polega ono na umyślnym pozbawieniu osoby jej praw podstawowych⁸⁵.

Ze względu na występowanie spójnika „i” w wyliczeniu powodów prześladowania należy zaznaczyć, że Izba Orzekająca w sprawie *Tadicia* uznała, iż wystarczy udowodnienie oskarżonemu popełnienie czynu z zamiarem dyskryminacji z chociażby jednego z trzech wymienionych powodów, aby określony czyn stanowił zbrodnię prześladowania⁸⁶. Trybunał uznał, iż prześladowanie oznacza działanie lub zaniechanie sprawcy z zamiarem nękania, spowodowania cierpienia lub dyskryminacji ofiary w jakikolwiek inny sposób z powodów politycznych, rasowych lub religijnych⁸⁷. W sprawie *Kupreskicia* Trybunał, potwierdzając, że prześladowanie może przybierać różne formy, uznał jednocześnie, iż element fizyczny nie jest konieczny⁸⁸, ponieważ sprawca może w sposób pośredni wpłynąć na zachowanie ofiary i pozbawić ją jej praw podstawowych. W rezultacie wykładni przeprowadzonej w sprawie *Kupreskicia* Trybunał uznał, że zbrodnia prześladowania musi spełniać następujące warunki:

- 1) spełniać elementy *chapeau* zawarte w artykule 5 Statutu MTKJ;
- 2) stanowić całkowite lub rażące naruszenie praw podstawowych osoby, które ze swej istoty dorównują innym czynom enumeratywnie wymienionym w artykule 5 (jako że nie każde naruszenie może stanowić zbrodnię przeciwko ludzkości);
- 3) sprawca miał zamiar dyskryminacji ze względów zawartych w artykule 5 Statutu MTKJ, takich jak poglądy polityczne, przynależność do określonej rasy lub wyznawanie określonej religii⁸⁹.

⁸⁵ R.A.A. Fernández, *Persecución como crimen contra la humanidad*, Barcelona 2011, s. 249. W prawie uchodźczym istnieje przykładowa definicja prześladowania, zgodnie z którą rozumiane jest ono jako zagrożenie życia, wolności lub poważne naruszenie praw człowieka z powodu rasy, religii lub poglądów politycznych. Zob. Biuro Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do Spraw Uchodźców, *Zarys i tryb ustalania statusu uchodźcy – zgodnie z Konwencją dotyczącą statusu uchodźcy z 1951 r. oraz Protokołem dodatkowym do niej z 1967 r.*, Genewa 1992, s. 21.

⁸⁶ *Prosecutor v. Tadić*, ICTY, Case No IT-94-1-T, 1997, § 712. Izba Orzekająca uznała, iż międzynarodowe prawo zwyczajowe nie wymaga istnienia łącznie wszystkich trzech powodów prześladowania. Istnienie chociażby jednego z nich stanowi wystarczającą podstawę, aby konkretny czyn o charakterze dyskryminacyjnym uznać za prześladowanie.

⁸⁷ *Prosecutor v. Tadić*, ICTY, Case No IT-94-1-T, 1997, § 698, 703. Do najczęstszych form prześladowania zalicza się między innymi: zakaz wykonywania określonych praktyk religijnych; systematyczne i długotrwałe zatrzymanie osób reprezentujących określoną grupę polityczną, religijną lub rasową; zakaz używania języka narodowego, nawet w miejscach prywatnych; systematyczne niszczenie pomników lub budynków należących do określonej grupy społecznej lub religijnej.

⁸⁸ *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, ICTY, Case No IT-95-16-T, 2000, § 568. Trybunał stwierdził również, że prześladowanie obejmuje wszystkie inne czyny, które nie zostały enumeratywnie wymienione w artykule 5 Statutu, jednakże przez towarzyszący im zamiar dyskryminacji z powodów politycznych, rasowych lub religijnych nie mogą być zakwalifikowane jako inne nieludzkie czyny. Zob. *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, ICTY, Case No IT-95-16-T, 2000, § 582-585.

Tym samym, należy podkreślić, że za prześladowanie (ze względu na całkowite lub rażące naruszenie praw podstawowych) mogą zostać uznane między innymi następujące czyny, jeżeli sprawcy udowodni się działanie lub zaniechanie z zamiarem dyskryminacji: zabójstwo, deportacja, przymusowe przeniesienia, terroryzowanie ludności cywilnej, niszczenie własności prywatnej⁹⁰.

W doktrynie istnieje jednakże pogląd, że z perspektywy naruszeń praw człowieka podczas konfliktów zbrojnych do enumeratywnie wymienionych powodów prześladowania powinna być dodana przesłanka prześladowania ze względu na płeć⁹¹. Potrzeba ta została potwierdzona w orzecznictwie MTKJ. Między innymi w sprawie *Krsticia* Trybunał uznał, że przemoc seksualna może stanowić zbrodnię prześladowania, jeżeli towarzyszył jej zamiar dyskryminacji z powodów politycznych, rasowych lub religijnych⁹². W sprawie *Kvočki* oskarżonych uznano za winnych prześladowania przeprowadzonego poprzez gwałty i napaść seksualną⁹³, stąd też bezsprzecznym jest, iż przy tego rodzaju prześladowaniu płeć ofiary odgrywała kluczową rolę.

10. Inne nieludzkie czyny

Ostatnią kategorią czynów wymienioną w artykule 5 Statutu są inne nieludzkie czyny. Przy analizie tego pojęcia trudno mówić o jednolitej definicji bądź nawet wspólnych elementach. Trybunał uznał, że inne nieludzkie czyny stanowią kategorię dla pozostałych czynów, które nie zostały enumeratywnie wymienione w artykule 5 Statutu MTKJ⁹⁴. Biorąc pod uwagę rozumowanie Trybunału, nie można nie zgodzić się z poglądem, że tego rodzaju kwalifikacja prawna, która następnie stanowi podstawę dla postawienia zarzutu nie określając w żaden sposób znamion czynu, przeczy zasadzie *nullum crimen*

⁸⁹ *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, ICTY, Case No IT-95-16-T, 2000, § 627. Uzupełniając wykładnię pojęcia prześladowania, Trybunał dodał, że działanie lub zaniechanie sprawcy narusza podstawowe prawa przewidziane międzynarodowym prawem zwyczajowym lub prawem traktatowym, któremu towarzyszy zamiar dyskryminacji. Zob. *Prosecutor v. Stakic*, ICTY, Case No IT-97-24-A, 2006, § 327; *Prosecutor v. Blaskic*, ICTY, Case No IT-95-14-A, 2004, § 131; *Prosecutor v. Vasiljevic*, ICTY, Case No IT-98-32-A, 2004, § 113; *Prosecutor v. Tolimir*, ICTY, Case No IT-05-88/2-T, 2012, § 846.

⁹⁰ Podobnie uznała Izba Orzekająca między innymi w sprawie *Tolimira* (§ 852, 855, 858, 860).

⁹¹ V. Oosterveld, *Gender, Persecution and the International Criminal Court: Refugee Law's Relevance to the Crime Against Humanity of Gender-Based Persecution*, „Duke Journal of Comparative and International Law” 2006, Vol. 17, s. 57–58.

⁹² *Prosecutor v. Krstic*, ICTY, Case No IT-98-33-T, 2001, § 617–618. W tej sprawie uznano, że dokonywane gwałty miały charakter przypadkowy, niemniej jednak wciąż stanowiły możliwą do przewidzenia konsekwencję prześladowania.

⁹³ *Prosecutor v. Kvočka et al.*, ICTY, Case No IT-98-30/1-T, 2001, § 752, 755, 758, 761, 764. Dla przykładu jednego z oskarżonych – Mirosława Kvočkę – uznano winnym prześladowania w postaci zabójstwa, tortur i pobicia, napaści seksualnej i zgwałcenia, molestowania, poniżenia i znęcania się psychicznego oraz przetrzymywania w warunkach nieludzkich jako zbrodni przeciwko ludzkości.

⁹⁴ *Prosecutor v. Vasiljevic*, ICTY, Case No IT-98-32-T, 2002, § 234; *Prosecutor v. Blaskic*, ICTY, Case No IT-95-14-T, 2000, § 237; *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, ICTY, Case No IT-95-14/2-T, 2001, § 269.

sine lege, jako że nie można być skazanym za czyn, który nie jest określony w prawie⁹⁵, czyli w tym przypadku w Statucie MTKJ. Nie można jednak zapomnieć, że w przypadku zbrodni prawa międzynarodowego, w szczególności zbrodni przeciwko ludzkości, każdy czyn wchodzący w jej zakres musi również posiadać elementy *chapeau*, co w pewien sposób doprecyzowuje tę kategorię, a w związku z brzmieniem całego artykułu 5 Statutu MTKJ może być uważane za prawną kwalifikację czynów objętych tą kategorią⁹⁶.

W sprawie *Galicia* Trybunał uznał, że do kategorii innych czynów nie-ludzkich zaliczany jest czyn składający się z następujących elementów:

- 1) działanie lub zaniechanie o podobnej doniosłości co inne czyny enumeratywnie wymienione w artykule 5 Statutu;
- 2) działanie lub zaniechanie spowodowało poważne cierpienie lub uraz psychiczny bądź fizyczny albo stanowiło rażący atak na ludzką godność;
- 3) sprawca działał lub zaniechał działania z zamiarem⁹⁷.

Najczęściej do kategorii innych czynów nie-ludzkich Trybunał zaliczał przymusowe przemieszczenie, które w odróżnieniu od deportacji polega na przeniesieniu ludności wbrew jej woli lub bez jej zgody, na inny obszar w obrębie tego samego państwa⁹⁸. Elementem koniecznym, który należy udowodnić przy zbrodni przymusowych przemieszczeń, jest fakt, iż ludność cywilna przebywała legalnie na obszarze, z którego została przeniesiona⁹⁹ oraz brak jest w prawie międzynarodowym podstaw prawnych dla takiego przeniesienia¹⁰⁰. Przykładem innych czynów zaliczanych do tej kategorii jest wymuszona cięża oraz wymuszone zaginięcie¹⁰¹. Interesującej kwalifikacji prawnej zarzucanego czynu Trybunał dokonał w sprawie *Tadicia*, w której uznano, że dla przykładu wypuszczanie zawartości gaśnicy do ciał zmarłych

⁹⁵ T. Jyrkkio, „Other Inhumane Acts” as crimes against humanity, „Helsinki Law Review” 2011, Vol. 1, s. 185.

⁹⁶ Ponadto Trybunał stwierdził, iż idea innych czynów nie-ludzkich nie może być uznana za naruszenie zasady *nullum crimen sine lege*, gdyż stanowi część międzynarodowego prawa zwyczajowego. Zob. *Prosecutor v. Dordevic*, ICTY, Case No IT-05-87/1-T, 2011, § 1609.

⁹⁷ *Prosecutor v. Galic*, ICTY, Case No IT-98-29-T, 2003, § 152; *Prosecutor v. Vasiljevic*, ICTY, Case No IT-98-32-T, 2002, § 234; *Prosecutor v. Krnojelac*, ICTY, Case No IT-97-25-T, 2002, § 130. W celu oceny doniosłości bądź powagi czynu należy rozpatrywać jego charakter oraz kontekst, w jakim został popełniony, wiek i płeć ofiary oraz skutki popełnionego czynu, zwłaszcza jeśli dotyczy zdrowia psychicznego lub fizycznego ofiary. Zob. *Prosecutor v. Galic*, ICTY, Case No IT-98-29-T, 2003, § 153; *Prosecutor v. Vasiljevic*, ICTY, Case No IT-98-32-T, 2002, § 235.

⁹⁸ *Prosecutor v. Krajisnik*, ICTY, Case No IT-00-39-T, 2006, § 723-724; *Prosecutor v. Stakic*, ICTY, Case No IT-97-24-A, 2006, § 317; *Prosecutor v. Krnojelac*, ICTY, Case No IT-97-25-A, 2003, § 229, 233.

⁹⁹ *Prosecutor v. Dordevic*, ICTY, Case No IT-05-87/1-T, 2011, § 1613; *Prosecutor v. Brdanin*, ICTY, Case No IT-99-36-T, 2004, § 540.

¹⁰⁰ *Prosecutor v. Krajisnik*, ICTY, Case No IT-00-39-A, 2009, § 308, 333; *Prosecutor v. Krnojelac*, ICTY, Case No IT-97-25-A, 2003, § 222.

¹⁰¹ *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, ICTY, Case No IT-95-16-T, 2000, § 566.

ofiar stanowi inny niehumanitarny czyn, podkreślając, że może on również być popełniony przeciwko ludzkiemu ciału¹⁰².

11. Wnioski

Actus reus, w przeciwieństwie do *mens rea*, stanowi element obiektywny zbrodni przeciwko ludzkości w rozumieniu artykułu 5 Statutu MTKJ, który zostaje udowodniony poprzez wykazanie, że sprawca postępował w określony sposób, w zależności od zarzucanego czynu. Wykładnia przeprowadzona w orzecznictwie MTKJ znacząco przyczyniła się do rozwoju samej definicji zbrodni przeciwko ludzkości. Czyny, takie jak przymusowe przemieszczanie ludności, dotkliwe pozbawienie wolności fizycznej, niewolnictwo seksualne, przymusowa prostytutka, wymuszona ciąża, wymuszone zaginięcia, zbrodnia apartheidu, które MTKJ zaliczał do kategorii innych niehumanitarnych czynów, obecnie są enumeratywnie wymienione w Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego.

Trybunał Jugosłowiański, będąc pierwszym międzynarodowym trybunałem karnym od czasu trybunałów wojskowych, po raz pierwszy dokonał wykładni niektórych czynów stanowiących zbrodnię przeciwko ludzkości, tj. uwięzienia, tortur czy zgwałcenia. W orzecznictwie Trybunału dokonano rozróżnienia między zbrodnią przeciwko ludzkości w postaci niewolnictwa a uwięzieniem, co w niektórych sprawach umożliwiło postawienie dwóch odrębnych zarzutów. Przed MTKJ pojawiło się pojęcie przemocy seksualnej innej niż zgwałcenie, która została zaliczona przez Trybunał do kategorii innych niehumanitarnych czynów. Wykładnia zbrodni przeciwko ludzkości w postaci przemocy seksualnej przeprowadzona przez Izby Trybunału przyczyniła się do uwzględnienia w definicji zbrodni przeciwko ludzkości zawartej w artykule 7 Statutu MTKJ przemocy seksualnej jako czynu enumeratywnie wymienionego.

Przed Trybunałem Jugosłowiańskim dokonano również rozróżnienia między deportacją a przymusowymi przemieszczeniami ludności cywilnej. Należy zauważyć, iż w rzeczywistości to MTKJ zdefiniował czyny wchodzące w skład kategorii innych niehumanitarnych czynów. Kategoria ta została przewidziana w celu umożliwienia pociągnięcia do odpowiedzialności za popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości w postaci innych czynów o wadze porównywalnej do tych enumeratywnie wymienionych, jednakże właśnie Izba Orzekająca MTKJ zaliczyła do tej kategorii takie czyny, jak przymusowe przemieszczenie ludności cywilnej, wymuszona ciąża, wymuszone zaginięcie bądź czyny popełnione przeciwko ludzkiemu ciału zmarłej ofiary. W rezultacie należy podkreślić, iż orzecznictwo MTKJ dało początek wykładni poszczególnych czy-

¹⁰² *Prosecutor v. Tadić*, ICTY, Case No IT-94-1-T, 1997, § 748.

nów wchodzących w skład zbrodni przeciwko ludzkości, przy czym wiele z nich Trybunał zdefiniował po raz pierwszy w międzynarodowym prawie karnym. Z perspektywy prac związanych z zakończeniem wykonywania przez MTKJ jego funkcji¹⁰³ zaryzykować można stwierdzenie, że orzecznictwo obu międzynarodowych trybunałów karnych *ad hoc* przyczyniło się do ewolucji pojęcia zbrodni przeciwko ludzkości, objętej obecnie jurysdykcją uniwersalną wobec ścigania osób winnych jej popełnienia, oraz faktu, iż zakaz jej popełnienia stanowi obecnie zwyczaj prawa międzynarodowego.

¹⁰³ Zgodnie z ostatnim Raportem Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii, przedkładanym corocznie na podstawie art. 34 Statutu MTKJ Radzie Bezpieczeństwa i Zgromadzeniu Ogólnemu ONZ, prace Trybunału koncentrują się obecnie na zamknięciu prowadzonych spraw. Na stan z sierpnia 2014 roku w toku pozostaje 9 spraw – 4 w Izbie Orzekającej, 5 w Izbie Apelacyjnej. Do najgłośniejszych spraw będących obecnie w toku wciąż należy sprawa Ratko Mladicia, Gorana Hadzicia i Radovana Karadzicia. Zob. Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Submitted by the United Nations Secretary-General to the Security Council (S/2014/556) and General Assembly (A/69/225), 2014.

PIRACI SOMALIJCY PRZED TRYBUNAŁEM W STRASBURGU – ANALIZA KRYTYCZNA WYROKÓW

THE SOMALI PIRATES BEFORE COURT OF HUMAN RIGHTS – THE CRITICAL ANALYSIS OF THE JUDGEMENTS

Summary

Recently, the European Court of Human Rights at Strasbourg has dealt with applications concerning pirates apprehended by State's officials and detained in CoE Member States. Unfortunately, legal reasoning presented by the judges is hard to follow in many aspects. Restricted interpretation of guarantees provided by Article 5 of the European Convention of Human Rights (prohibition of arbitrary deprivation of liberty) and misunderstanding of multinational cooperation at seas to curb acts of piracy and other international crimes led the Court to find violations of human right provisions. However, as far as the Author is concerned, in many points those judgments are not only unreasonable but also without legal grounds.

keywords: pirates, European Convention on Human Rights, the European Court of Human Rights, arbitrary deprivation of liberty

1. Z doświadczenia dziejów

Piractwo towarzyszy ludzkości od czasów starożytnych. Już wtedy stanowiło problem na tyle poważny, a piraci potrafili nabrać takiego znaczenia, że – jak pisze Grocjusz – „Gnejus Pompejusz zakończył wojnę z piratami w dużej części na skutek zawarcia z nimi umów, w których przyrzekł im darować życie i pozostawić siedziby, aby w nich mogli żyć nie dokonując rozbojów”¹. Budzili przerażenie, ale też wzbudzali respekt. Toteż, z jednej strony, od Cyserona przyjęło się nazywać piratów „wrogami rodzaju ludzkiego” (*hosti humani generis*), wobec których „nie ma obowiązku dochowania wiary ani do-

¹ H. Grotius, *Trzy księgi o prawie wojny i pokoju* [...], tłum. z łac. R. Bierzanek, Warszawa 1957, t. II, s. 424.

trzymania przysięgi”². Jak twierdził E. De Vattel, „choć państwo na ogół winno się ograniczać do karania tylko tych przestępstw, które zostały popełnione na jego terytorium, to jednak należy czynić wyjątek dla przestępców, którzy ze względu na charakter i częstość popełnianych zbrodni stanowią wszędzie niebezpieczeństwo publiczne i stają się wrogami rodzaju ludzkiego”³. To stanowisko pryncypialne utrwalone przez wieki. Z drugiej strony, jak to potwierdza wyżej podany przykład Pompejusza, może się zdarzyć, że ze względów czysto pragmatycznych zawrze się z nimi praktyczne układy. Ten sam Grocjusz, który piratów „odsądzał od czci i wiary”, powiada: „rozbójników i piratów, którzy tak wzrosli w potęgę, że stali się postrachem, słusznie przyjmuje się na swe terytorium i nie dopuszcza do ich ukarania; w interesie bowiem rodzaju ludzkiego leży, ażeby odwieść ich od dokonywania przestępstw w drodze zapewnienia im bezkarności; o ile nie można tego uczynić w inny sposób”⁴.

Zjawisko piractwa przetrwało klasyków prawa narodów. Pojawia się jako problem także w XIX w., czego świadectwem są choćby traktaty zawierane przez mocarstwa europejskie z cesarstwem chińskim. I tak np. w traktacie brytyjsko-chińskim z 26 czerwca 1858 r., na wypadek ograbienia statku brytyjskiego „przez rozbójników lub piratów”, władze chińskie zobowiązywały się „dolożyć wszelkich starań w celu schwytania i ukarania tych rozbójników lub piratów oraz odzyskania skradzionego mienia i przekazania go konsulowi dla zwrócenia właścicielowi”⁵. Stanowił również, że „brytyjskie okręty wojenne ścigające piratów będą mogły wpływać do portów położonych w granicach posiadłości cesarza Chin”⁶. Co więcej, obie strony zgadzały się „przedsięwziąć wspólne środki w celu zlikwidowania go”, czyli panoszącego się „piractwa na morzach chińskich”⁷. Zgodnie z art. 18 traktatu francusko-annamskiego, jeśli chodzi o „piratów, którzy schronili się na terytorium francuskim”, Francja zobowiązywała się „podjąć ściganie ich niezwłocznie po otrzymaniu stosownego zawiadomienia i w miarę możliwości aresztować ich i wydać władzom ich kraju”⁸.

² *Ibidem*, s. 423. Por. też: *ibidem*, s. 22, 271.

³ E. de Vattel, *Prawo narodów* [...], tłum. z franc. B. Winiarski, t. II, Warszawa 1958, s. 267–268. Dodawał przy tym, że „dlatego rozbójnicy morscy są wysyłani na szubienicę przez pierwszego, któremu wpadną w ręce”.

⁴ H. Grotius, *op.cit.*, s. 121–122. Jakże daleko od swych pryncypiów zdolny był odejść „ojciec prawa narodów”, jak wielką skłonność do zgnyłych kompromisów wykazywał, nie warto naśladować!

⁵ Tekst w: L. Gelberg (wybór dokumentów, wstęp i oprac.), *Prawo międzynarodowe i historia dyplomatyczna*, t. I., Warszawa 1954, s. 65 i n., art. X.

⁶ Art. LII traktatu brytyjsko-chińskiego.

⁷ Art. LIII tegoż traktatu. Z kolei, na mocy art. 2 traktatu między Francją a Annamem z 15 marca 1874 r. (*ibidem*, s. 120 i n.). Francja zobowiązywała się poprzeć króla Annamu „w celu zniszczenia piractwa, które pustoszy część wybrzeża Królestwa”.

⁸ *Ibidem*, s. 121.

2. Piractwo jako aktualny problem międzynarodowego prawa morza

Zjawisko piractwa, co prawda nie wszędzie i nie zawsze z taką samą intensywnością i częstotliwością, przetrwało do czasu rozpoczęcia w systemie Narodów Zjednoczonych prac nad kodyfikacją międzynarodowego prawa morza. Jasnym więc było, że należy je w procesie kodyfikacyjnym uwzględnić. Toteż II Konwencja Genewska w sprawie morza otwartego z 29 kwietnia 1958 r. poświęciła problemowi piractwa i jego zwalczania w miarę obfite unormowania zawarte w art. 14–21⁹. Nie będę ich tu dokładniej analizować, ponieważ Konwencja Prawa Morza z Montego Bay z 10 grudnia 1982 r. w art. 100–107 bez zmian unormowanie to przejmuje. Istnieje przy tym powszechne przekonanie, że unormowanie to ma charakter kodyfikacyjny, to znaczy odpowiada normom powszechnie obowiązującego zwyczajowego prawa morza, a zatem może być wykorzystywane jako dowód zwyczaju powszechnego także wobec państw, które Konwencji z Montego Bay nie ratyfikowały. Jak stwierdza W. Góralczyk, „powszechne zwyczajowe prawo międzynarodowe wymaga, by państwa ścigały i karały piratów. Piractwo, czyli rozbójnictwo morskie, które było niegdyś plagą mórz i oceanów, uważane jest za zbrodnię prawa narodów (*delictum iuris gentium*). Każde państwo może więc zatrzymać statek piracki, schwytać pirata i ukarać go według swojego prawa wewnętrznego lub wydać go władzy ojczystej”¹⁰.

Za piractwo uznaje się bezprawny akt gwałtu, zatrzymania czy grabieży popełniony dla celów osobistych przez załogę lub pasażerów prywatnego statku lub samolotu skierowany przeciwko innemu statkowi morskiemu lub powietrznemu, osobom lub własności znajdującym się na jego pokładzie, na morzu otwartym, bądź w innym miejscu nie podlegającym jurysdykcji żadnego państwa. Rozciąga się to pojęcie na akty dobrowolnego i świadomego współuczestnictwa, jak też na akty podżegania bądź umyślnego ułatwiania piractwa¹¹.

Z kolei statek lub samolot traktuje się jako piracki, „jeżeli osoby, które nim zawładnęły, zamierzają go użyć do popełnienia jednego z czynów wymienionych w art. 101”¹². Statek taki – mimo iż stał się statkiem pirackim –

⁹ Tekst w: K. Kocot i K. Wolfke (oprac.), *Wybór dokumentów do nauki prawa międzynarodowego*, Wrocław-Warszawa 1976, s. 244 i n.

¹⁰ W. Góralczyk, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 1977, s. 212. Piszze to, wyraźnie wskazując na art. 15 II Konwencji genewskiej z 1958 r., któremu odpowiada art. 101 Konwencji z Montego Bay. Zdanie J. Gilasa „W konwencji prawa morza 1982 r., podobnie zresztą jak w Konwencji genewskiej z 1958 r., przyjęto klasyczną definicję piractwa [...]”; por. J. Gilas, *Prawo międzynarodowe*, Toruń 1996, s. 239.

¹¹ Art. 101 ust. 1–3 Konwencji z Montego Bay.

¹² Por. art. 103 Konwencji z Montego Bay. Obejmuje to również statek, „który został użyty do popełnienia takich czynów, tak długo, dopóki pozostaje on pod kontrolą osób winnych” (*ibidem*, *in fine*), a także okręt wo-

„zachowuje swą przynależność państwową”; o jej ewentualnej utracie decyduje „prawo państwa, które przynależność tę przyznało”¹³.

Co najistotniejsze z punktu widzenia potrzeb niniejszego opracowania, „okręt wojenny lub samolot wojskowy albo inny statek lub samolot będący w służbie rządowej i do tego upoważniony na morzu otwartym bądź w jakimkolwiek innym miejscu niepodlegającym jurysdykcji żadnego państwa może zająć statek lub samolot piracki bądź statek opanowany przez piratów i znajdujący się w ich władaniu oraz aresztować osoby i zająć własność znajdujące się na jego pokładzie”; przy tym „sądy państwa, które dokonało zajęcia, orzekną o wymiarze kary i o czynnościach, jakie należy podjąć wobec statku lub własności, z zastrzeżeniem praw osób trzecich działających w dobrej wierze”¹⁴. Jeśli się jednak okazało, że nie było podstaw do podejrzenia o piractwo, „państwo, które dokonało zajęcia, odpowiadać będzie wobec państwa, którego przynależność posiada statek lub samolot, za wszelkie straty lub szkody spowodowane przez zajęcie”¹⁵.

Co najważniejsze, całość unormowania rozpoczyna się postanowieniem art. 100 Obowiązek współpracy w zwalczaniu piractwa, zgodnie z którym „wszystkie państwa mają obowiązek współdziałania w możliwie najszerszym zakresie w zwalczaniu piractwa na morzu otwartym bądź w każdym innym miejscu nie podlegającym jurysdykcji żadnego państwa”. Moim zdaniem postanowienie to jest wystarczająco jasne i nie pozostawia wątpliwości co do powszechnego obowiązku współdziałania międzynarodowego w zwalczaniu piractwa, powszechnie wiążącego z mocy zwyczajowego międzynarodowego prawa morza.

Nie ma tu miejsca na wspomniane przez Grocjusza umizgi w stosunku do piratów, a postawa wobec piratów ma być jednoznacznie pryncypialna i stanowcza. Nie wolno „zachęcać” do plenia się plagi piractwa! Moim zdaniem także nadmierne pobłażanie jest nie na miejscu, ale do tego powrócę „pod koniec mojej opowieści”. Terytorialny brak jurysdykcji jakiegokolwiek państwa zastępowany jest uniwersalnym tytułem do sprawowania jurysdykcji przez jakiekolwiek państwo, które – za pośrednictwem swych okrętów wojennych czy samolotów wojskowych – jako pierwsze odkryje i schwyta piratów.

jenny czy statek rządowy, którego załoga zbuntowała się i przejęła nad nim kontrolę i dopuściła się czynów z art. 101 Konwencji.

¹³ Art. 104 Konwencji z Montego Bay.

¹⁴ Por. art. 105 Konwencji z Montego Bay, w związku z jej art. 107. Kojarzy się z tym także postanowienie art. 110 Konwencji, mocą którego okręt na morzu otwartym może dokonać wizyty i rewizji obcego statku, jeśli „istnieją rozsądne podstawy do podejrzewania, że statek trudni się piractwem”.

¹⁵ Art. 106 Konwencji.

Rzuca się w oczy nierozzerwalne *iunctim* pomiędzy statkiem a osobami, które nim zawładnęły i do aktów piractwa zamierzają go użyć czy już używają. Bez tego złowrogiego czynnika personalnego sam statek jako taki jest „niewinny”. Dlatego też wśród kompetencji państwa zajmującego statek piracki tak silny akcent pada na aresztowanie takich osób i wymierzenie im kary¹⁶.

3. Podłoże faktyczne wyroków strasburskich w sprawie piratów somalijskich

Wchodzą w grę dwa wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: Trybunał lub ETPC), wydane przez Izbę Trybunału (sekcja V) w dniu 4 grudnia 2014 r.: *Ali Samatar i inni v. Francja*¹⁷ oraz *Hassan i inni v. Francja*¹⁸. W jednym i drugim przypadku chodziło o piratów somalijskich, ale daty i okoliczności zdarzeń były odmienne. W tym pierwszym Trybunał orzekł w sprawie naruszenia art. 5 ust.3 i 4 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: Konwencja lub EKPC), zaś w drugim ponadto w sprawie naruszenia art. 5 ust. 1 Konwencji.

4 kwietnia 2008 r. pomiędzy wybrzeżami Jemenu i Somalii *Le Ponant*, krążowniczy jacht wycieczkowy podnoszący banderę francuską, został porwany przez 12-osobową uzbrojoną bandę, która nim zawładnęła, wzięła jego załogę jako zakładników i skierowała się do wybrzeży Somalii, cumując w porcie Garaad. Tegoż dnia premier Francji ogłosił plan „Pirat morski”, polecając dowódcy komandosów morskich przeprowadzenie akcji pod nadzorem ministra obrony. Dowódca francuskich sił zbrojnych w tej strefie powiadomił o tym okręty Task Force 150, wielonarodowych morskich sił interwencyjnych w Bahrajnie, których misją było zapewnienie bezpieczeństwa morskiego na Morzu Czerwonym, w Zatoce Adeńskiej, oceanie Indyjskim i Zatoce Omańskiej¹⁹.

5 kwietnia 2008 r. tymczasowy federalny rząd Somalii – w odpowiedzi na notę francuską – skierował do władz francuskich notę werbalną, mocą której m.in. upoważniał marynarkę francuską do wpłynięcia na morze terytorialne Somalii (§ 1) oraz do podjęcia „wszelkich środków koniecznych w kontekście kryzysu, w tym proporcjonalnego użycia siły” (§ 2), a także francuskie samoloty wojskowe do latania – w ramach tej operacji – nad terytorium So-

¹⁶ Precyzyjnie kryteria współczesnego piractwa w nauce polskiej opracował Ł. Kułaga, *Zwalczanie współczesnego piractwa morskiego w świetle regulacji Konwencji o prawie morza z 1982 r. oraz innych regulacji prawnomiędzynarodowych*, [w:] C. Mik i K. Marciniak (red.), *Konwencja NZ o prawie morza z 1982 r. W piętnastą rocznicę wejścia w życie*, Toruń 2009, s. 219–251, zwł. s. 226–237.

¹⁷ *Affaire Ali Samatar et autres c. France*, req.17110/10, arrêt 4 decembre 2014, wyrok jednomyślny.

¹⁸ *Affaire Hassan et autres c. France*, req.46695/10, arrêt 4 decembre 2014, wyrok jednomyślny.

¹⁹ *Ali Amatar*, § 5–8.

malii (§ 7), na czas od daty porwania *Le Ponant'a* przez piratów somalijskich do „rozwiązania kryzysu”²⁰.

11 kwietnia 2008 r., a więc w 7 dni po porwaniu, statek i zakładnicy zostali zwolnieni po wpłaceniu okupu w wysokości 2 150 000 dolarów. Tegoż dnia helikoptery armii francuskiej z komandosami i członkami grupy interwencyjnej żandarmerii na pokładzie porwały, bez oporu, 6 skarżących i dostarczyły ich na pokład okrętu francuskiego. 14 kwietnia Prokurator Republiki zlecił paryskiej sekcji śledczej żandarmerii śledztwo wstępne. Następnego dnia minister obrony powiadomił, że podejrzani – po uzyskaniu kolejnej noty werbalnej wyrażającej zgodę Somalii – znaleźli się już na pokładzie francuskiego samolotu wojskowego udającego się do Francji, gdzie przybyli 16 kwietnia i – zgodnie z prawem francuskim – zostali ponownie aresztowani. 18 kwietnia premier Somalii skierował do władz francuskich notę potwierdzającą zgodę władz somalijskich „na opuszczenie przez osoby zatrzymane terytorium Somalii pod strażą francuskich władz wojskowych” i zastrzegającą prawo rządu somalijskiego do dysponowania „przedstawicielstwem prawnym w postępowaniu sądowym, jakie będzie miało miejsce we Francji”²¹. Wreszcie tegoż dnia wszczęto śledztwo sądowe i 6 podejrzanych postawiono przed sędzią śledczym²².

Niespełna pięć miesięcy później, 2 września 2008 r. trzech mężczyzn napadło na morzu otwartym na żaglowiec francuski *Carré d'As IV*, pochwyciło załogę – małżeństwo – w charakterze zakładników, popłynęło do wybrzeży Somalii i zażądało okupu w wysokości 2 mln. dolarów. 15 września francuska fregata *Courbet*, pełniąca misję w Zatoce Adeńskiej, przybyła na miejsce, gdy porwany żaglowiec kotwiczył w pobliżu Xaafun na somalijskim morzu terytorialnym. Następnego dnia w ramach operacji „Remora” przeprowadzono akcję komandosów, w wyniku której jeden z porywaczy został zabity, a 6 innych, dzisiejszych skarżących, zatrzymano i umieszczono pod strażą na pokładzie okrętu. Obydwie jednostki wzięły kurs na Djibouti²³.

21 września władze somalijskie skierowały do Francji notę werbalną wyrażającą ich zgodę na opuszczenie przez zatrzymanych terytorium Somalii pod strażą francuskich władz wojskowych. Tegoż dnia prokurator Republiki w Paryżu zlecił żandarmerii śledztwo wstępne. 6 zatrzymanych przebywało na pokładzie *Courbet* do 22 września i – po krótkim pobycie w bazie wojskowej w Djibouti – następnego dnia zabranych zostało samolotem wojskowym do Francji, gdzie tegoż dnia przybyli i gdzie prokurator Republiki zarządził ich kolejne zatrzymanie na 24 godziny. 25 września wszczęto śledztwo

²⁰ Tekst noty somalijskiej w wyroku *Ali Amatar*, § 9.

²¹ *Ibidem*, § 10–14.

²² *Ibidem*, § 15.

²³ *Hassan*, § 5–8.

w sprawie przestępstw popełnionych przez „zorganizowaną bandę” i tegoż dnia piraci zostali postawieni przed sędzią śledczym²⁴.

Mimo różnic czasowych, sytuacyjnych i operacyjnych, wiele obie sprawy łączy, na tyle, że można i warto omawiać je „za jednym zamachem”. W obu sprawach Europejski Trybunał Praw Człowieka – poza stosownym prawem krajowym – bardzo silnie uwzględnia Rezolucję 1816 Rady Bezpieczeństwa ONZ z 2 czerwca 2008 r., która – potwierdzając unormowania Konwencji z Montego Bay²⁵ – m.in. „potępia akty piractwa i grabieży zbrojnej popełniane przeciwko statkom na wodach terytorialnych Somalii bądź na morzu otwartym u jej wybrzeży”²⁶ i postanawia na najbliższe 6 miesięcy od jej wydania, że okręty państw uczestniczących w akcji zwalczania piractwa – współdziałając z tymczasowym rządem federalnym Somalii – „mogą wkra-
czać na wody terytorialne Somalii celem zwalczania aktów piractwa i grabieży zbrojnej w sposób zgodny z akcją dozwoloną na morzu otwartym w przypadku piractwa w zastosowaniu prawa międzynarodowego” oraz do wykorzystywania tam „wszelkich środków koniecznych dla zwalczania aktów piractwa i grabieży zbrojnej”²⁷.

Ze względów czasowych trudno mieć pretensje do Ł. Kułagi, że tej Rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ nie uwzględnił. Wyraził swoje przekonanie, że „takie uregulowanie nieprzerwanego pościgu również na morzu terytorialnym najpierw w porozumieniach regionalnych, a później potencjalnie w konwencji o charakterze uniwersalnym mogłoby w sposób znaczący przyczynić się do skutecznej likwidacji lub zmniejszenia skali przestępczości morskiej”²⁸. Jak widać w § 7 Rezolucji, Rada Bezpieczeństwa idzie o wiele dalej, niż tylko kontynuowanie nieprzerwanego pościgu; zastrzega jednak, niestety, że „udzielone w niniejszej rezolucji upoważnienie stosuje się jedynie do sytuacji w Somalii”, „nie wpływa na prawa, obowiązki czy odpowiedzialność wynikające dla państw członkowskich z prawa międzynarodowego”, zwłaszcza – „nie może być postrzegane jako ustanawiające zwyczajowe prawo międzynarodowe”²⁹.

Moim zdaniem to zastrzeżenie się Rady nie jest *per se* rozstrzygające, albowiem kiedykolwiek i gdziekolwiek w kontekście „wybuchu piractwa” – jak to się stało u wybrzeży Somalii – powstanie sytuacja nadzwyczajna za-

²⁴ *Ibidem*, pkt. 9–14

²⁵ Preambuła Rezolucji, ust. 3; *ibidem*, § 36; *Ali Samatar*, § 29. O dziwo w wyroku *Hassan* przytacza się pełne brzmienie art. 100–107 Konwencji z Montego Bay, podczas gdy w wyroku *Ali Amatar* tego się nie znajduje w ogóle.

²⁶ Pkt 1 Rezolucji.

²⁷ Pkt 7 a-b Rezolucji.

²⁸ Ł. Kułaga, *op.cit.*, s. 248.

²⁹ Pkt 9 Rezolucji.

grazająca pokojowi i bezpieczeństwu międzynarodowemu, która może i powinna być postrzegana z perspektywy rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych, społeczność międzynarodowa będzie miała prawowity tytuł do domagania się od Rady Bezpieczeństwa decyzji analogicznych do tych zawartych w Rezolucji 1816.

4. Problem naruszenia art. 5 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Kwestią wstępną jest właściwość jurysdykcyjna państwa pozwanego. W tej mierze Trybunał odwoływał się do swoich ustaleń w wyrokach dotyczących handlarzy narkotyków na morzu otwartym, zwłaszcza do wyroku *Medvedyev i inni v. Francja*. W wyroku owym, po rozważeniu problemu wyjątkowej jurysdykcji ekstraterytorialnej³⁰, Trybunał uznał, że „zważywszy na istnienie absolutnej i wyłącznej kontroli sprawowanej przez Francję, przynajmniej de facto, nad Winner'em i jego załogą, od chwili schwytania statku, w sposób ciągły i nieprzerwany, skarżący pozostawali pod jurysdykcją Francji w rozumieniu art. 1 Konwencji”³¹. W obydwu badanych tu wyrokach rząd francuski identyczne założenie przyjmował, wyraźnie wskazując na wyrok *Medvedyev*, a Trybunał przyjmował to do wiadomości³². Kwestia jurysdykcji nie stanowiła więc problemu spornego.

W obu sprawach skarżący piraci zarzucali Francji naruszenie zobowiązań wynikających z art. 5 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Przypomnijmy, że umocowuje on fundamentalne prawo każdej osoby do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Skupia się jednak, prawie całą swą treść temu poświęcając, na wyjątkowych enumeratywnie wyliczonych przypadkach dopuszczalnego pozbawienia wolności (art. 5 ust. 1 lit. a–f) oraz na gwarancjach, jakie muszą pozbawieniu wolności towarzyszyć (art. 5 ust. 2–5). W całości postanowień art. 5 Konwencji króluje test legalności. Każdy z wyjątkowych przypadków musi oznaczać „zgodne z prawem pozbawienie wolności” i musi być realizowany „w trybie przez prawo przepisany”. Trybunał zajmował się kwestią podstawy prawnej jedynie w wyroku *Hassan*. Przypomniawszy stanowisko francuskiego Trybunału Kasacyjnego, zgodnie z którym „francuskie władze wojskowe we właściwy sposób schwytały osoby podejrzane o paranie się aktami piractwa [...] na podstawie Rezolucji 1816 przyjętej przez Radę Bezpieczeństwa ONZ 2 czerwca 2008 r., upoważniającej państwa na somalijskich wodach terytorialnych do korzystania z kompetencji, jakie im nadaje – na morzu otwartym bądź w jakimkolwiek

³⁰ *Affaire Medvedyev et autres c. France*, req. 3394/03, arrêt, Grande Chambre, 29 mars 2010, § 62–65.

³¹ *Ibidem*, § 67.

³² Por. *Ali Samatar*, § 31 i 43; *Hassan*, § 39.

innym miejscu nie podlegającym jurysdykcji żadnego państwa – art. 105 Konwencji NZ o prawie morza (Montego Bay) z 10 grudnia 1982 r.”³³.

Jak stwierdził Trybunał, „w obliczu aktów piractwa była ona [Francja – przyp. aut.] upoważniona do działania na somalijskich wodach terytorialnych na takich samych warunkach, jak przewidziane przez prawo międzynarodowe w walce z piractwem na morzu otwartym”; „z jednej strony abordaż i wzięcie zakładników stanowiły akty piractwa w rozumieniu art. 101 Konwencji z Montego Bay”; „z drugiej strony art. 105 tej Konwencji upoważniał każde państwo – na morzu otwartym oraz w każdym innym miejscu nie podlegającym jurysdykcji żadnego państwa – nie tylko do schwytania statku czy samolotu pirackiego albo statku lub samolotu zdobytego w rezultacie aktu piractwa i znajdującego się w ręku piratów, ale też do »schwytania osób« i zajęcia dóbr znajdujących się na pokładzie”³⁴.

Na tejże podstawie „sądy państwa, które dokonało zajęcia, mogą orzekać co do nakładanych kar”, przy czym dotyczy to „każdego państwa”, w szczególności poniekąd „państwa, którego banderę podnosił statek-ofiara piractwa, jako że w prawie międzynarodowym na morzu otwartym statki co do zasady podlegają jurysdykcji państwa ich bandery (art. 92 Konwencji z Montego Bay)”³⁵. Kojarzyło się to z wcześniejszym ustaleniem Trybunału, iż sformułowania art. 5 ust. 1 EKPC „implikują, że wszelkie pozbawienie wolności ma mieć podstawę prawną, rozumiejąc, że – chociaż zasadniczo odwołuje się tu do ustawodawstwa krajowego – wchodzi w grę również inne normy znajdujące zastosowanie do zainteresowanych, w tym normy, które mają swoje źródło w prawie międzynarodowym”³⁶. Tu akurat taką podstawą okazała się rezolucja 1816 Rady Bezpieczeństwa ONZ, w związku z odnośnymi unormowaniami Konwencji o prawie morza.

Przypomniał zarazem Trybunał, że „Wyrażenie »zgodne z prawem« dotyczy również jakości »prawa«”; „gdy chodzi o pozbawienie wolności, szczególnie ważnym jest przestrzeganie powszechnej zasady bezpieczeństwa prawnego; w konsekwencji istotnym jest, by warunki pozbawienia wolności na mocy prawa krajowego i/lub prawa międzynarodowego były jasno określone oraz by samo prawo było przewidywalne w jego zastosowaniu, by spełniać ono kryterium »legalności« ustalone przez Konwencję, które wymaga, by wszelkie prawo było wystarczająco precyzyjne do uniknięcia wszel-

³³ *Hassan*, § 61, w zw. z § 62 i 66. W szczególności wskazał na kompetencje wynikające z pkt 7a Rezolucji; *ibidem*, § 63–64.

³⁴ *Ibidem*, § 65.

³⁵ *Ibidem*, *in fine*.

³⁶ *Ibidem*, § 58. Dodawał przy tym, wskazując swoje obfite orzecznictwo, że „Konwencja uświęca obowiązek przestrzegania norm materialnych i proceduralnych, a wymaga – co więcej – zgodności wszelkiego pozbawienia wolności z celem art. 5: ochrona jednostki przed arbitralnością”; *ibidem*, *in fine*.

kiego ryzyka arbitralności, oraz by pozwolić obywatelowi – w razie potrzeby, za odpowiednim poradnictwem – przewidywać w stopniu, który w danych okolicznościach jest rozsądny, konsekwencji popełnienia danego aktu”³⁷.

Owszem, Trybunał uznał, że „ingerencja władz francuskich na somalijskich wodach terytorialnych była »przewidywalna«”; zważywszy na Rezolucję 1816, „skarżący mogli przewidywać, w stopniu w okolicznościach tej sprawy rozsądnym, że – porywając *Carre d’As* i biorąc jego załogę w charakterze zakładników, wystawiali się na ryzyko zatrzymania i aresztowania przez siły francuskie celem postawienia przed francuskim wymiarem sprawiedliwości”³⁸. Z drugiej strony ETPC stwierdził, że prawo francuskie w owym czasie „nie zawierało żadnej normy definiującej warunki pozbawienia wolności, jakie trzeba by zapewnić w celu postawienia osób zatrzymanych przed kompetentną władzą sądową”³⁹. W rezultacie, zdaniem Trybunału, „obowiązujący w epoce faktów sprawy system prawny nie oferował wystarczającej ochrony przed arbitralnym godzeniem w wolność”, wobec czego „doszło do naruszenia art. 5 ust. 1 Konwencji”⁴⁰.

5. Problem naruszenia art. 5 ust. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Ten z kolei problem był elementem wspólnym dla obydwu wyroków Trybunału. W jednym i w drugim przypadku, jeszcze w toku podróży do Francji, kontrolę nad pozbawieniem wolności zatrzymanych piratów obejmował prokurator Republiki. Trybunał wskazał jednak, że „nie może on uchodzić za sędziego bądź innego urzędnika prawnie upoważnionego do sprawowania władzy sądowej”⁴¹.

Trybunał zwrócił uwagę, że „kontrola sądowa wymagana przez art. 5 ust. 3 Konwencji przede wszystkim winna być nagłą, ponieważ ma ona pozwolić na ujawnienie wszelkiego niewłaściwego traktowania i zredukować do minimum wszelkie ciosy w wolność jednostki”; powinna ona mieć miejsce

³⁷ *Ibidem*, § 59, w zw. z § 67.

³⁸ *Ibidem*, § 68.

³⁹ *Ibidem*, § 69. Powoływał się przy tym na okólnik francuskiego ministra sprawiedliwości z 13 lipca 2011 r. dotyczący walki z piractwem morskim oraz wykonywania policyjnych funkcji państwa na morzu, który przyznawał, że „Francja nie dysponowała ustawodawstwem dostosowanym do represjonowania aktów piractwa”, że kodeks obrony normował to jedynie „w sposób bardzo ogólnikowy”, że „ramy prawne były niewystarczające”; *ibidem*, § 70.

⁴⁰ *Ibidem*, § 71–72.

⁴¹ *Ali Samatar*, § 44; *Hassan*, § 88. Ta gwarancja, wynikająca z art. 5 ust. 3, została zaspokojona dopiero z chwilą postawienia ich przed sędzią śledczym, a więc w pierwszym przypadku po 6 dniach i 20 godzinach od chwili zatrzymania, a w drugim przypadku po 9 dniach i 15 godzinach od chwili zatrzymania.

„w terminie maksimum 4 dni od zatrzymania, chyba że wchodzi w grę »okoliczności faktycznie zupełnie wyjątkowe«”⁴².

Trybunał w obu wyrokach uznał, iż w materiałach spraw „nic nie wskazywało na to, iżby jego [okrętu – przyp. aut.] przybycie do Francji zajęło więcej czasu, niż było to konieczne”⁴³. Wyraził również gotowość uznania, że „»okoliczności faktycznie zupełnie wyjątkowe« wyjaśniają czas pozbawienia wolności skarżących między ich zatrzymaniem a przybyciem na terytorium francuskie”, wobec czego podzielił: w sprawie *Ali Amatar* – konkluzję Trybunału Kasacyjnego, zgodnie z którą „nieprzewidywalne okoliczności wyjaśniane staraniami o zgodę władz somalijskich na transport sześciu podejrzanych do Francji usprawiedliwiają pozbawienie ich wolności przez prawie pięć dni”⁴⁴; zaś w sprawie *Hassan* wniosek izby śledczej sądu apelacyjnego w Paryżu, zgodnie z którym „okres ich zatrzymania był konsekwencją nieprzewidywalnych okoliczności czasu i miejsca ich schwytania i było materialnie niemożliwym przeciwstawienie się okolicznościom faktycznie zupełnie wyjątkowym”⁴⁵.

Problem polegał jednak na tym, że – w przeciwieństwie do spraw *Rigopoulos*⁴⁶ i *Medvedyev*, podobnie zaś do sprawy *Vassis*⁴⁷, po przybyciu skarżących do Francji nie zostali oni natychmiast postawieni przed sędzią śledczym, lecz zostało wobec nich zarządzane dodatkowe zatrzymanie na 48 godzin. Francuski Trybunał Kasacyjny mocno podkreślał, że takie zatrzymanie było całkowicie zgodne z prawem krajowym, według Trybunału jednak „okoliczność, że [...] takie zatrzymanie było zgodne z prawem krajowym, nie jest rozstrzygająca w kontekście poszanowania warunku niezwłoczności, jaki ustala art. 5 ust. 3 Konwencji”⁴⁸.

W związku z tym, że rząd francuski usprawiedliwiał to dodatkowe zatrzymanie potrzebami pogłębienia śledztwa, Trybunał przypomniał, że „jego orzecznictwo dotyczące zwłoki 2–3 dni przed postawieniem przed sędzią

⁴² *Ali Samatar*, § 45. Trybunał podkreślił, że „narzucane przez ten wymóg ścisłe granice czasowe nie pozostawiają żadnego miejsca na luz interpretacyjny jeśli nie ma się okaleczyć na szkodę jednostki oferowanej przez ten artykuł gwarancji proceduralnej i spowodzić konsekwencje sprzeczne z samą substancją chronionego przezeń prawa”; *ibidem*. Por. identycznie *Hassan*, § 89.

⁴³ *Hassan*, § 94. Por. *Ali Samatar*, § 53 *in fine*.

⁴⁴ *Ali Amatar*, § 54.

⁴⁵ *Hassan*, § 99.

⁴⁶ *Affaire Rigopoulos c. Espagne* była o tyle charakterystyczna, że już w czasie podróży do Hiszpanii pozbawienie wolności pozostawało pod nadzorem centralnego sądu śledczego w Madrycie, po przybyciu zaś do Hiszpanii skarżący natychmiast został postawiony przed sędzią śledczym. Podobnie w sprawie *Medvedyev* zwłoka w postawieniu przed sędzią śledczym (8–9 godzin) nie była związana z żadnym dodatkowym pozbawieniem wolności i Trybunał uznał, że „ten okres 8–9 godzin daje się pogodzić z pojęciem »niezwłoczności« w związku z art. 5 ust. 3 i orzecznictwem Trybunału”; *Medvedyev*, § 132–133.

⁴⁷ *Affaire Vassis et autres c. France*, req. 62736/09, arret, 27.6.2013, § 15, w zw. z § 58–62.

⁴⁸ *Ali Amatar*, § 55. Por. *Hassan*, § 100.

uznające taki okres za niesprzeczny z wymogiem niezwłoczności nie ma na celu umożliwiania władzom pogłębienia ich śledztwa i zebrania poważnych i spójnych dowodów mogących prowadzić do przesłuchania skarżących przez sędziego śledczego”, „nie można wywodzić z tego jakiegokolwiek woli postawienia do dyspozycji władz krajowych zwłoki, podczas której dysponują one swobodą kompletowania dossier oskarżenia”⁴⁹.

6. W kwestii zastosowalności gwarancji *habeas corpus*

Stosownie do art. 5 ust. 4 Konwencji każda osoba pozbawiona wolności może domagać się od sądu szybkiego zbadania, czy to pozbawienie wolności jest zgodne prawem i czy nie jest ono arbitralne. Z tej też gwarancji próbowali bez powodzenia skorzystać skarżący piraci w obu badanych prawach⁵⁰. Trybunał ze swej strony zwrócił uwagę, że zarzut dotyczy okresu przed postawieniem ich przed sędzią śledczym i przesłuchaniem, że został on już zbadany „pod kątem niezwłoczności, jakiej wymaga art. 5 ust. 3 Konwencji”, że – zatem – z uwagi na wniosek o naruszeniu tego postanowienia nie zachodzi potrzeba badania tychże faktów pod kątem art. 5 ust. 4 Konwencji⁵¹.

Bardzo mocno przy tym podkreślił, że „wymogi tego postanowienia są bardziej rygorystyczne, niż wymogi art. 5 ust. 4, ponieważ ust. 3 wymaga automatycznej sądowej kontroli legalności – zwłaszcza zatrzymania i aresztowania, która to kontrola ma mieć miejsce »natychmiast« (*aussitot*), co implikuje szybkość wzmożoną w porównaniu z terminem *bref delai* w ust. 4”⁵².

7. Uwagi krytyczne na tle wyroków Trybunału w sprawie piratów somalijskich

Obydwa wyroki w sprawach piratów somalijskich zapadły jednomyślnie. Czyżby sędziowie strasburscy nie mieli żadnych na ich tle wątpliwości? Ja takowe mam.

Po pierwsze, jest jakaś niekonsekwencja i niespójność w podejściu Trybunału do tych spraw, skoro w jednej z nich ogranicza się on do badania zarzutów pod kątem li tylko art. 5 ust. 3 Konwencji, podczas gdy w drugiej solidnie się zagłębia w problem naruszenia art. 5 ust. 1 Konwencji. Choćby nawet wynikało to formalnie z zarzutów odmiennie przedłożonych przez

⁴⁹ *Ali Samatar*, § 58. Por. *Hassan*, § 103. Trybunał ponownie zaakcentował, że „celem, którym kieruje się art. 5 ust. 3 Konwencji, jest pozwienie na wykrycie wszelkiego niewłaściwego traktowania i zredukowanie do minimum wszelkiego nieuzasadnionego ciosu w wolność jednostki – dla ochrony jej, w trybie automatycznej kontroli wstępnej, i to w ścisłych granicach czasowych, które nie pozostawiają żadnego luzu interpretacyjnego”; *ibidem*, *in fine*.

⁵⁰ *Ali Samatar*, § 65 *in fine*; *Hassan*, § 112 *in fine*.

⁵¹ *Ali Samatar*, § 65; *Hassan*, § 112.

⁵² *Ali Samatar*, § 65 *in fine*; *Hassan*, § 112 *in fine*.

skarżących, Trybunał – jak wielokrotnie zwykł to akcentować – czuje się „mistrzem charakteryzacji” i to on kwalifikuje sprawy pod odpowiednie postanowienia Konwencji, nie traktując jako rozstrzygające zarzutów samych skarżących. Tu, mimo pryncypialnej i sytuacyjnej jednorodności obu spraw, potraktował je nader odmiennie, aczkolwiek problem podstawy prawnej interwencji francuskiej u wybrzeży Somalii i zgodności z prawem pozbawienia wolności piratów z punktu widzenia art. 5 ust. 1 Konwencji przedstawiał się przecież identycznie.

Przez dzieje całe i aż po najnowsze czasy państwa ścigały i karały piractwo, znajdując w prawie międzynarodowym, a przede wszystkim w swoim prawie krajowym, wystarczające do tego podstawy. Trybunał ustalił przecież, że Rezolucja 1816 Rady Bezpieczeństwa ONZ, w związku z unormowaniami Konwencji z Montego Bay, stanowiła wystarczającą podstawę prawną dla schwytania i pozbawienia wolności piratów oraz postawienia ich przed francuskim wymiarem sprawiedliwości.

Przyczepił się jednak do tego, że prawo francuskie specjalnie i detalicznie nie dostosowywało się do ścigania i karania piractwa na morzu otwartym. Czy musiało?! Czy każdy typ przestępstwa wymaga specjalnego prawa? Czy nie wystarczą unormowania stosujące się do wszelkich i jakichkolwiek przestępstw?! Zwłaszcza że skarżący nie zarzucali warunków pozbawienia ich wolności – ani na podstawie art. 3 Konwencji (zakaz tortur albo niehumanitarnego bądź poniżającego traktowania lub karania), ani nawet na podstawie art. 8 Konwencji (prawo do poszanowania m.in. życia prywatnego i rodzinnego). Zwłaszcza że gdzie indziej – poza kręgiem Państw-Stron Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – państwa doskonale obchodzą się bez takiego specjalistycznego unormowania anty-pirackiego. Zwłaszcza że – jak można przypuszczać – inne Państwa-Strony Konwencji, które w zwalczaniu piractwa na morzach świata współpracują, również takiego specjalistycznego unormowania nie mają.

Cóż takiego specjalnego mają w sobie piraci, że na ich korzyść trzeba wymagać takiego unormowania?! Przez wieki przecież byli i – moim zdaniem – nadal zasłużenie pozostają *hosti humani generis*! Absolutnie nie zgadzam się z werdyktem Trybunału co do naruszenia w sprawie *Hassan i inni p. Francji* art. 5 ust. 1 Konwencji.

Zdarza się, że Trybunał podkreśla, iż wymogi art. 5 z perspektywy wymagań proporcjonalności są bardziej rygorystyczne, niż wymogi towarzyszące testowi konieczności w demokratycznym społeczeństwie charakterystycznemu dla klauzuli limitacyjnej w ust. 2 art. 8–11 Konwencji. Nie może to jednak prowadzić do nadawania temu postanowieniu sztywnie absolutnego charakteru; nie jest to prawo niederogowalne, zaś wymogi dotyczące gwa-

rancji prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego umocowane w międzynarodowym prawie humanitarnym nie mają takiego podwyższonego, sztywnie świętego i niewzruszalnego charakteru. Zwłaszcza że sam Trybunał jednoznacznie uznawał, że w obu badanych sprawach wchodziły w grę „faktycznie zupełnie wyjątkowe okoliczności”! Zwłaszcza że piratom w tak nieodpowiedzialny sposób pobłażać nie wolno!

Rozpędził się Trybunał w swojej „nowoczesności” zaiste niebezpiecznie. Gotów jest bezgranicznie dbać o interesy przestępców i zbrodniarzy, w tym terrorystów, niestety, z wynikającą stąd szkodą dla ich ofiar. Gotów jest promować niestereotypowe orientacje seksualne, niestety, z wynikającą stąd szkodą dla tradycyjnego małżeństwa i rodziny. Gotów jest wspierać wszelkie otwartości i tolerancje, niestety, z oczywistą szkodą dla wiary w Boga Jedynego, dla tradycyjnych religii. Gotów jest wiele przemilczeć co do nagannego postępowania Rosji np. w kontekście Skargi Katyńskiej, ograniczając swoje postrzeganie do tego, że po ratyfikacji EKPC Rosja zasadniczych czynności śledczych nie zrealizowała, chociaż było to jej prawnym obowiązkiem, chociaż prawnie musiała je zrealizować, chociaż – wedle swoich kryteriów – Trybunał mógł i powinien potępiająco uwzględnić!

Piszę te słowa z prawdziwym bólem, albowiem byłem żarliwym wielbicielem kompetencji i postawy Trybunału Strasburskiego. Sprawia mi dzisiaj zawód. Jakby coraz bardziej poddawał się „możnym tego świata”: trendom wiejącym od Unii Europejskiej, zniewalającemu strachowi przed grozą „niedźwiedzia ze wschodu”. Teraz dochodzi do tego jakieś pobłażanie dla terrorystów i piratów. Być może na starość trochę przesadzam...

MORSKIE OBLĘŻENIE – CHARAKTERYSTYKA, CELE I SKUTKI MORSKIEJ BLOKADY WOJENNEJ

THE MARITIME SIEGE – CHARACTERISTICS, OBJECTIVES AND CONSEQUENCES OF A NAVAL BLOCKADE DURING ARMED CONFLICTS AT SEA

Summary

In the article, related to the international humanitarian law, one of the traditional methods of warfare – a naval blockade – was discussed. The author presents characteristics, objectives and consequences of a naval blockade and points out that a naval blockade has not been regulated by any international legal act (from the scope of *hard law*). Nowadays, the *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea* (1994), has been applied to the naval blockade (as well as a customary law). Due to the danger caused by the establishment and attempts of breaching a naval blockade, the international community (and each country individually) should carefully consider whether the establishment of a naval blockade is necessary and – due to the consequences that may arise from any attempts of breaching a blockade – discourage its citizens from taking such actions. Therefore author points out that states are obligated to raise awareness pertaining to the international humanitarian law among its societies.

keywords: international humanitarian law, law of the sea, naval blockade, right of self-defense

1. Uwagi wprowadzające

Konflikty zbrojne – od zawsze wpisane w historię całej ludzkości – niejednokrotnie z lądów przenosiły się na morze, a równie często inwazja morska była dopiero początkiem wojny lądowej. Między innymi z tych względów, jak również w związku z pragnieniem ludzi nadania wojnie bardziej humanitarnego oblicza, na przestrzeni wieków wykształciło się wiele praktyk i zwyczajów dotyczących prawa wojny (*ius in bello*), których to kodyfika-

cja rozpoczęła się z końcem XIX wieku¹. Jednak, pomimo znacznego rozwoju międzynarodowego prawa humanitarnego, dwa rodzaje konfliktów zbrojnych, tj. wojna morska i powietrzna, pozostały w dalszym ciągu uregulowane w bardzo niewielkim zakresie². Z tego powodu normy prawne stosowane do tego rodzaju wojen są wciąż regulacjami głównie z zakresu *soft law* oraz prawa zwyczajowego³.

Wojna morska – w przeciwieństwie do wojny lądowej – jest w znacznie większym stopniu wojną o charakterze ekonomicznym, której głównym zadaniem jest zniszczenie handlu i gospodarczej stabilności przeciwnika⁴. Jednym z bezpośrednich sposobów realizacji takiego celu jest ustanowienie morskiej blokady wojennej, której poświęcony został niniejszy artykuł.

Morska blokada wojenna – porównywana do oblężenia fortyfikacji nieprzyjaciela, z tą różnicą, że prowadzonego z morza⁵ – mająca na celu uniemożliwienie przez jedną ze stron wojujących jakiegokolwiek komunikacji drogą morską z blokowanym portem lub częścią wybrzeża przeciwnika⁶, jest rzadko stosowaną instytucją z zakresu prawa wojny⁷. Wśród społeczności

¹ Do najważniejszych aktów prawnych z zakresu międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych zalicza się m.in.: Konwencje genewską z 1864 r. w sprawie polepszania losu rannych i chorych (tzw. Konwencję Czerwonego Krzyża), IV Konwencję haską z 1907 r. wraz z załączonym do niej regulaminem dotyczącym praw i zwyczajów wojny lądowej (tzw. IV Konwencję haską), Deklarację z 1909 r. dotyczącą prawa wojny morskiej (tzw. Deklarację londyńską) – nie weszła ona jednak w życie, Protokół genewski z 1925 r. dotyczący zakazu używania na wojnie gazów duszących, trujących lub podobnych oraz środków bakteriologicznych, Konwencję genewską z 1929 r. dotyczącą traktowania jeńców wojennych, cztery Konwencje genewskie z 1949 r. o ochronie ofiar wojny, I i II Protokół dodatkowy z 1977 r. do Konwencji genewskich 1949 r. oraz Podręcznik z San Remo z 1994 r. dotyczący prawa międzynarodowego mającego zastosowanie do morskich konfliktów zbrojnych. Na podstawie: K. Lankosz, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Wybór dokumentów*, Wyższa Szkoła Administracji w Bielsku–Białej, Bielsko–Biała 2007.

² W literaturze wskazuje się, że wynika to przede wszystkim z faktu, że główne potęgi militarne świata sprzeciwiały się wszelkim próbom kodyfikacji prawa wojny morskiej i powietrznej. W. Heintschel von Heinegg, *Blockade*, [w:] R. Wolfrum (red.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 965.

³ Por. M. Szuniewicz, *Studium prawa zwyczajowego „Customary International Humanitarian Law”*, [w:] T. Jasudowicz (red.), *Międzynarodowe prawo humanitarne we współczesnym świecie – osiągnięcia i wyzwania: Materiały Toruńskiej Konferencji Naukowej*, 13 grudnia 2006 r., Wyd. „Dom Organizatora”, Toruń 2007, s. 11–32.

⁴ R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Wyd. 8 zmienione, LexisNexis, Warszawa 2004, s. 425.

⁵ K. Marciniak, *Humanitaryzacja konfliktów zbrojnych na morzu*, [w:] T. Jasudowicz, M. Balcerzak, J. Kapelańska–Pręgowska (red.), *Współczesne problemy praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego*, TNOiK, Toruń 2009, s. 357.

⁶ W sztuce wojennej blokady morskie można podzielić ze względu na: zakres i znaczenie blokowanego obszaru (blokade strategiczną, operacyjną, taktyczną); położenie obszarów (blokade bliską/zamkniętą i daleką/otwartą); charakter blokowanego obszaru (blokade wybrzeża, wyspy lub cieśniny). A. Makowski, M. Ilnicki, *Wojna na morzu we współczesnym prawie międzynarodowym*, Wyd. Adam Marszałek, Warszawa–Toruń 1996, s. 111–112.

⁷ W drugiej połowie XX wieku możemy wyróżnić blokady morskie, takie jak amerykańska blokada Kuby w 1962 r., indyjska blokada Bangladeszu podczas wojny indyjsko–pakietańskiej w 1971 r., amerykańska blokada Północnego Wietnamu w 1972 r., blokada morska Falklandów dokonana wspólnie przez Wielką Brytanię i Argentynę w 1983 r. (ta ostatnia jest dyskusyjna ze względu na ogłoszenie jedynie stref zamknię-

międzynarodowej istnieje w związku z tym znaczna nieświadomość lub niewiedza na temat celu, charakteru oraz konsekwencji, które za sobą niesie⁸. Dodatkowo niezrozumienie tego mechanizmu może prowadzić do wielu międzynarodowych nieporozumień oraz sytuacji zagrażających zarówno bezpieczeństwu narodowemu⁹, bezpieczeństwu jednostek, jak również bezpieczeństwu załóg, pasażerów i towarów przewożonych na statkach handlowych i prywatnych.

Z powyższych względów artykuł ten może być pomocą w dokładnym zrozumieniu tej instytucji i związanych z nią konsekwencji, jak również może zachęcać do upowszechnienia w społeczeństwie polskim (i nie tylko) wiedzy na temat międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych¹⁰.

2. Charakterystyka morskiej blokady wojennej

Główne regulacje dotyczące morskiej blokady wojennej¹¹ – jednej z metod prowadzenia wojny na morzu – należącej do instytucji zwyczajowego prawa humanitarnego, zostały zawarte w Podręczniku z San Remo dotyczącym prawa międzynarodowego, mającego zastosowanie do morskich konfliktów zbrojnych (San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea), zwanym Podręcznikiem z San Remo, z 1994 r, w którym podsumowane zostało obowiązujące obecnie prawo wojny morskiej¹². Pomimo tego, że Podręcznik z San Remo nie ma wiążącego charakteru, będąc kodyfikacją

tych). W ostatnich latach blokady morskie częściej stosowane były na Bliskim Wschodzie w związku z zastrzeżoną sytuacją polityczną w regionie, m.in. w 2006 r. miała miejsce izraelska blokada Libanu, a w 2009 r. – również izraelska – blokada Strefy Gazy. R. Buchan, *The International Law of Naval Blockade and Israel's Interception of the Mavi Marmara*, „Netherlands International Law Review” 2011, Vol. 58, Issue 02, s. 214.

⁸ Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident, 2011, s. 70, http://www.un.org/News/dh/infocus/middle_east/Gaza_Flotilla_Panel_Report.pdf (dostęp: 15.11.2014 r.).

⁹ Por. L. Łukaszuk, *Międzynarodowe prawo morza*, Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR, Warszawa 1997, s. 87–103.

¹⁰ Na temat upowszechniania międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych zob. także: T. Jasudowicz, *Obowiązek krzewienia międzynarodowego prawa humanitarnego. W poszukiwaniu optymalnego modelu jego realizacji*, [w:] T. Jasudowicz (red.), *Międzynarodowe Prawo Humanitarne*, TNOiK, Toruń 1997, s. 97–129.

¹¹ Na temat historycznego rozwoju prawa blokady morskiej zob.: C.J. Colombos, *The International Law of the Sea*, 6th revised edition, Longmans Green & Co., LTD, London 1967, s. 714–717, W. Heintschel von Heinegg, *op.cit.*, p. 961–965.

¹² Podręcznik z San Remo został stworzony w wyniku prac grupy ekspertów prawnych z zakresu międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych w latach 1988–94. Pomimo istnienia Deklaracji dotyczącej prawa wojny morskiej z 1909 r. (tzw. Deklaracji londyńskiej) – która ze względu na brak odpowiedniej liczby ratyfikacji nie weszła w życie, jednak jej postanowienia stosowane były jako prawo zwyczajowe – oraz Podręcznika wojny morskiej dotyczącego stosunków pomiędzy stronami walczącymi z Oxfordu (Oxford Manual on the Laws of Naval War Governing the Relations Between Belligerents) z 1913 r., zauważono, że stosowane jako *soft law* prawo wojny morskiej było niedostosowane do obecnych czasów. Spowodowało to rozpoczęcie prac nad Podręcznikiem z San Remo, w efekcie doprowadzając do jego przyjęcia w 1994 r. L. Doswald-Beck, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, p. 61.

prywatną, stanowi on zbiór obowiązujących norm prawnych (zarówno umownych, jak i zwyczajowych dotyczących morskiej blokady wojennej)¹³.

Zgodnie z sekcją II części IV Podręcznika z San Remo morska blokada wojenna może zostać scharakteryzowana poprzez określenie jej siedmiu właściwości¹⁴:

- morska blokada wojenna to jedna z metod prowadzenia wojny, która może być stosowana tylko w przypadku konfliktów zbrojnych o międzynarodowym charakterze;
- morska blokada wojenna powinna zostać ogłoszona. Ogłoszenie blokady polega na poinformowaniu przez państwo nakładające blokadę (państwo blokujące) lub odpowiednio upoważnioną do tego osobę, że blokada została ustanowiona (lub zostanie ustanowiona w niedługim czasie), jak również podaniu tego faktu do wiadomości wszystkim państwom¹⁵, odpowiednim władzom znajdującym się na blokowanym obszarze (w razie konieczności), jak również poszczególnym jednostkom morskim¹⁶;
- w oświadczeniu dotyczącym blokady należy określić moment jej rozpoczęcia, czas jej trwania oraz jej dokładny zasięg terytorialny¹⁷, jak również okres czasu, w trakcie którego jednostki państw neutralnych mogą opuścić blokowaną strefę wybrzeża¹⁸;
- morska blokada wojenna musi być efektywna. Czy blokada jest efektywna określa sytuacja faktyczna¹⁹. W związku z tym siły zbrojne od-

¹³ Por. Helsińskie zasady neutralności morskiej (Helsinki Principles on the Law of Maritime Neutrality) z 1998 r.

¹⁴ Kryteria te zawarte zostały również w innych podręcznikach dotyczących prowadzenia wojny np.: w punkcie 13.65 brytyjskiego podręcznika dotyczącego prawa konfliktów zbrojnych (The UK Manual of the Law of Armed Conflicts) z 2004 r. czy w punkcie 7.7 amerykańskiego podręcznika dowódców o prawie operacji morskich (The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations) z 2007 r. R. Buchan, *The Palmer Report and the Legality of Israel's Naval Blockade of Gaza*, „International & Comparative Law Quarterly” 2012, Vol. 61, Part 1, s. 266. Również w punkcie 5.2.10 Helsińskich zasady neutralności morskiej (Helsinki Principles on the Law of Maritime Neutrality) z 1998 r. określone zostały podobne kryteria blokady.

¹⁵ Konieczność powiadomienia wszystkich państw (nie tylko państw znajdujących się w regionie blokowanego obszaru) wynika z faktu, iż blokada będzie wykonywana w stosunku do jednostek morskich wszystkich państw. Przyjmuje się, że jednym z najsukurszejszych sposobów informowania jednostek morskich o nałożonych blokadach są „Wiadomości żeglarskie” (Notice(s) to Mariners – NOTMAR). W. Heintschel von Heinegg, *op.cit.*, s. 966.

¹⁶ Ogłoszenie i powiadomienie o nałożeniu blokady zwane jest również „zasadą rozgłosu” (*publicity*). *Ibidem*.

¹⁷ Obowiązek poinformowania o wszystkich – wyżej wymienionych – szczegółach dotyczących blokady wynika z konieczności umożliwienia międzynarodowej flocie morskiej omijania blokowanego obszaru (lub też opuszczenia go w stosownym czasie). *Ibidem*.

¹⁸ Nie istnieje szczególna norma prawna określająca, jaki czas powinien zostać przyznany jednostkom neutralnym na opuszczenie blokowanego obszaru, jednak przyjmuje się, że – w większości wypadków – wystarczające są 24 godziny. *Ibidem*.

¹⁹ Efektywność blokady nie jest uzależniona od liczby okrętów zaangażowanych w jej utrzymanie. C.J. Colombos, *op.cit.*, p. 718.

powiedzialne za utrzymanie blokady powinny stacjonować w ustalonej, uzasadnionej sytuacji militarną odległości²⁰. Blokada może być również wykonywana i utrzymywana przez połączenie różnych metod i środków walki pod warunkiem, że takie połączenie nie powoduje w efekcie działania sprzecznego z postanowieniami Podręcznika z San Remo²¹;

- morska blokada wojenna nie powinna uniemożliwiać dostępu do portów i wybrzeży państw neutralnych i powinna być wykonywana – bezstronnie – w stosunku do wszystkich państw²²;
- zaprzestanie, tymczasowe podniesienie, ponowne ustanowienie, rozszerzenie lub inne modyfikacje blokady powinny być zadeklarowane i ogłoszone tak jak miałyby to miejsce w przypadku pierwotnego ustanowienia blokady (opisanego powyżej)²³;
- morska blokada wojenna musi spełniać zasady humanitaryzmu (o czym poniżej).

3. Aspekt humanitarny, czyli wpływ morskiej blokady wojennej na ludność cywilną znajdującą się na blokowanym obszarze

Morska blokada wojenna ma w każdym przypadku negatywny wpływ na ludność cywilną. Wynika to głównie z faktu odcięcia państwa blokowanego od dostaw wody pitnej, surowców energetycznych, żywności i zaopatrzenia medycznego, jak również wszelkich innych niezbędnych do przetrwania

²⁰ W związku z obecnym postępowaniem technologicznym nie jest konieczne, by okręty lub wojskowe jednostki powietrzne były na stałe rozmieszczone w zasięgu widoczności blokowanego obszaru. Aby spełnione zostało kryterium efektywności wystarczające jest, by blokowany obszar był monitorowany za pomocą elektronicznych środków wykrywania lub też przy pomocy bezzałogowych jednostek morskich lub powietrznych. W takim przypadku jednak konieczne jest, by siły blokujące pozostawały na pozycji umożliwiającej im natychmiastową reakcję w razie podjęcia przez kogokolwiek prób przełamania blokady. W takiej sytuacji blokada pozostaje efektywna. W. Heintschel von Heinegg, *op.cit.*, s. 967–968.

²¹ Nie jest konieczne wykonywanie blokady morskiej jedynie przez okręty marynarki wojennej, a blokady powietrznej przez siły lotnicze. Siła blokująca może łączyć ze sobą wszelkie możliwe środki, o ile nie są one w sprzeczności z międzynarodowym prawem konfliktów zbrojnych. *Ibidem*.

²² Bezstronne i jednakowe wykonywanie blokady w stosunku do jednostek morskich wszystkich państw jest bezpośrednio związane z kryterium efektywności morskiej blokady wojennej. W przypadku dyskryminowania tylko niektórych jednostek i przepuszczania innych, blokada nie spełniałaby kryterium efektywności. Dlatego też blokada musi blokować wszystkie jednostki morskie, włączając w to jednostki noszące banderę siły blokującej. *Ibidem*, s. 968.

²³ Nie dotyczy to jednak sytuacji, kiedy na skutek trudnych warunków pogodowych nastąpiła konieczność czasowego wycofania sił zbrojnych z blokowanego obszaru. Zezwolenie na wejście do blokowanego portu neutralnej jednostce znajdującej się w niebezpieczeństwie (w sytuacji *distress*) również nie oznacza nieefektywnego lub stronniczego wykonywania blokady lub jej przerywania. W takiej sytuacji możliwe jest także zezwolenie na wyjście takiej jednostki z blokowanego obszaru, gdy niebezpieczeństwo ustanie, a jednostka taka nie załadowała, ani nie wyładowała na ląd żadnego towaru. *Ibidem*, s. 966, L.C. Green, *op.cit.*, s. 205, C.J. Colombos, *op.cit.*, p. 721.

środków. Między innymi w związku z tym wskazuje się na konieczność zniechęcania przez społeczność międzynarodową państw do nakładania blokad morskich i motywowania ich do poszukiwania innych sposobów rozwiązania konfliktów. Zdarza się, iż strona blokująca nie uważa się za odpowiedzialną za zapewnienie nieszkodliwego przejścia statkom niosącym pomoc ludności cywilnej, nawet w przypadku, kiedy ludności cywilnej, znajdującej się na blokowanym obszarze, grozi głód. Zgodnie jednak z art. 54 I Protokołu Dodatkowego do Konwencji Genewskiej dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych z 1977 r.²⁴ zabronione jest stosowanie wobec ludności cywilnej głodu jako metody prowadzenia wojny²⁵. Dlatego też w art. 102 Podręcznika z San Remo morska blokada wojenna została zakazana w sytuacji, gdy jej wyłącznym celem jest spowodowanie głodu u ludności cywilnej lub uniemożliwienie dostarczenia jej środków niezbędnych do przetrwania. W przywołanym artykule zabronione zostało także utrzymywanie blokady w sytuacji, gdy powoduje ona niewspółmierne do osiąganego przewagi militarnej wyniszczenie ludności cywilnej. W związku z tym, na podstawie punktu 103 Podręcznika z San Remo, w przypadku, gdy ludność cywilna znajdująca się na blokowanym obszarze nie ma zapewnionej wystarczającej ilości wody, żywności i środków niezbędnych do przetrwania, strona blokująca powinna zapewnić wolne przejście statkom transportującym żywność i inne niezbędne zaopatrzenie. Zauważa się jednak, że prawo to nie jest prawem bezwzględnie wiążącym ze względu na fakt, że niezbędne środki żywności, jak i inne, mogą zostać wykorzystane w celach militarnych²⁶. Dlatego też, zgodnie ze wspomnianym punktem Podręcznika z San Remo, mogą zostać ustanowione techniczne wymagania dotyczące transportu środków niezbędnych dla ludności cywilnej (takie jak np. przeszukiwanie), od których uzależnione będzie uzyskanie pozwolenia na wolne

²⁴ W 1991 roku I Protokół Dodatkowy do Konwencji Genewskiej dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych z 1977 r. został ratyfikowany przez Polskę (Dz.U. z 1992 r., Nr 41 poz. 175) i stanowi tym samym część polskiego porządku prawnego. Według danych na dzień 17.11.2014 r., stronami I Protokołu Dodatkowego są 174 państwa (<https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/470>, dostęp: 17.11.2014 r.).

²⁵ Szerzej na temat głodzenia ludności cywilnej jako metody prowadzenia wojny zob.: P.A. Martini, *Blockade im Weltkrieg*, Ferd. Dümmlers Verlag, Berlin-Bonn 1932, s. 94–118.

²⁶ Przykładem może być wypowiedź premiera Wielkiej Brytanii Winstona Churchilla z 20 sierpnia 1940 r.: „There have been many proposals founded in the highest motives that food should be allowed to pass the blockade for the relief of these populations. I regret that we must refuse these requests [...]. Many of these valuable foods are essential to the manufacture of vital war materials. Fats are used to make explosives. Potatoes make the alcohol for motor spirit. The plastic materials now so largely used in the construction of aircraft are made of milk. If the Germans use these commodities to help them to bomb our women and children rather than to feed the populations who produce them, we may be sure imported foods would go the same way, directly or indirectly, or be employed to relieve the enemy of the responsibilities he has so wantonly assumed”; http://hansard.millbanksystems.com/commons/1940/aug/20/war-situation#column_1161 (dostęp: 15.11.2014 r.).

przejście. Dystrybucja takiego transportu powinna być nadzorowana przez organizację humanitarną (gwarantującą bezstronność, np. Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża).

W osobnym punkcie 104 Podręcznika z San Remo ustanowione zostały wymagania dotyczące transportu niezbędnych środków medycznych. Uzasadnieniem rozdzielenia regulacji dotyczących żywności i innych niezbędnych środków do przetrwania oraz środków medycznych na dwa odrębne punkty jest ich przeznaczenie. Te pierwsze przeznaczone są wyłącznie dla ludności cywilnej. Jednak środki medyczne wykorzystane zostaną także dla ratowania zdrowia i życia rannych żołnierzy należących do wrogich sił zbrojnych, jak również żołnierzy wziętych do niewoli, znajdujących się na blokowanych obszarze.

4. Próby przerywania morskiej blokady wojennej i jej przełamanie

Gdy morska blokada wojenna zostanie legalnie ustanowiona istotne jest, by rozumieć oraz pamiętać, że zgodnie z obowiązującym prawem zwyczajowym stronie blokującej przysługuje prawo zaatakowania każdego statku przełamującego blokadę, jeśli statek ten – po wcześniejszym ostrzeżeniu – wciąż celowo i świadomie odmawia zatrzymania się i celowo stawia opór przed wizytą, rewizją oraz zatrzymaniem. Zgodnie z regulacjami zawartymi w Podręczniku z San Remo nie istnieje prawo do legalnego przerywania i przełamania ustanowionej zgodnie z prawem blokady (np. w akcie protestu)²⁷. Dlatego też należy pamiętać – oraz rozpowszechniać tę wiedzę w społeczeństwie (w szczególności wśród osób angażujących się we wszelkiego rodzaju akcje społeczne, protestacyjne i humanitarne) – że podjęcie jakichkolwiek prób przerywania i przełamania blokady stanowi bardzo poważny krok, który może prowadzić do utraty zdrowia, a nawet życia²⁸.

Zgodnie z postanowieniami sekcji II części IV Podręcznika z San Remo (odnoszącej się do blokady) jednostki handlowe²⁹, które podejmują próby przerywania i przełamania blokady, mogą zostać zatrzymane, a jednostki handlowe, które po wcześniejszym ostrzeżeniu w dalszym ciągu odmawiają zatrzymania się oraz zamierzają przerwać i przełamać blokadę, mogą zostać zaatakowane. Wyrażone zostało to również w punkcie 67 Podręcznika z San Remo, zgodnie z którym jednostki handlowe niosące flagę państwa neutral-

²⁷ Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident, s. 71.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Zgodnie z definicją zawartą w pkt. 13 (i) Podręcznika z San Remo jednostka handlowa oznacza każdą jednostkę morską zaangażowaną w działania handlowe lub prywatne, która nie jest okrętem, jednostką pomocniczą marynarki wojennej, ani jednostką w służbie państwowej (np. jednostki policji, służb celnych etc.).

nego nie mogą zostać zaatakowane, chyba że próbują one przerwać i przełamać blokadę, a po otrzymaniu ostrzeżenia w dalszym ciągu celowo i wyraźnie odmawiają zatrzymania się lub też (celowo i wyraźnie) opierają się wizycie, rewizji i zatrzymaniu³⁰. Także, zgodnie z punktem 146 Podręcznika z San Remo, neutralna jednostka handlowa może zostać zatrzymana poza wodami neutralnymi³¹ w przypadku, gdy jest zaangażowana w jedno z działań wymienionych w punkcie 67 (tj. m.in. przerwanie i przełamanie blokady) lub też na podstawie wizyty i rewizji zostało ustalone, że – zgodnie z pkt. 146 (f) – próbuje ona lub zamierza przerwać i przełamać blokadę.

Do przerwania i przełamania blokady dochodzi w chwili, gdy morska jednostka handlowa przecina zewnętrzną granicę blokowanego obszaru bez odpowiedniego pozwolenia – przyznanego przez stronę blokującą – na wejście lub wyjście z blokowanego obszaru³². W związku z faktem, że morskie jednostki neutralne są zobowiązane do respektowania blokady (co bezpośrednio związane jest z kryterium jej efektywności), są one odpowiedzialne za naruszenie blokady i w takiej sytuacji mogą zostać zatrzymane (ponieważ w ten sposób naruszają one prawo strony blokującej do uniemożliwienia wyjścia, jak i wejścia na blokowany obszar³³).

Próba przerwania i przełamania blokady morskiej następuje także w sytuacji odwrotnej, tzn. gdy jednostka morska znajdująca się na blokowanym obszarze wypływa z blokowanego portu i zmierza w kierunku zewnętrznej granicy blokady³⁴. To samo dzieje się w przypadku, gdy jednostka morska znajduje się na kursie prowadzącym do blokowanego portu, jak również gdy kotwiczy ona przy zewnętrznej granicy blokowanego obszaru, co może prowadzić do „wślizgnięcia się”³⁵ na blokowany obszar³⁶.

Wskazuje się, iż przyznanie stronie blokującej prawa do zatrzymania morskiej jednostki handlowej próbującej przerwać i przełamać blokadę wynika z domniemania, że jej kapitan wie o istnieniu blokady³⁷. W obecnych czasach, w związku z cyfryzacją właściwie każdej dziedziny aktywności człowieka i możliwościami, które niosą za sobą nowoczesne technologie, zakłada się, że

³⁰ Szerzej na temat prawa wizyty i rewizji zob. także: E. Papastavridis, *The Interception of Vessels on the High Seas: Contemporary Challenges to the Legal Order of the Oceans*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon 2013, s. 41–82.

³¹ Zgodnie z definicją zawartą w pkt. 14 Podręcznika z San Remo wody neutralne oznaczają wody wewnętrzne, morze terytorialne oraz – jeżeli występują na danym obszarze – wody archipelagowe państwa neutralnego.

³² W. Heintschel von Heinegg, *op.cit.*, s. 969.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ C.J. Colombos, *op.cit.*, s. 727.

³⁶ Np. w wyniku zerwania lub „wleczenia” kotwicy.

³⁷ W. Heintschel von Heinegg, *op.cit.*, s. 969.

strona blokująca może polegać na domniemaniu, że neutralne jednostki morskie zostały skutecznie poinformowane (w odpowiedni sposób i w odpowiednim czasie), m.in. za pomocą NOTMAR³⁸. W praktyce jednak odpowiedzialny za blokowany obszar oficer powinien zarządzić ustanowienie łączności radiowej (lub innej adekwatnej do sytuacji) z kapitanem lub oficerem wachtowym jednostki morskiej, która znajdzie się w zasięgu widoczności blokowanego obszaru, w celu poinformowania ich o zaistniałej sytuacji³⁹.

Jednak w przypadku, gdy odpowiednio poinformowany o morskiej blokadzie wojennej statek wciąż próbuje naruszyć blokadę, może zostać podjęty za nim pościg w celu jego zatrzymania. Tak długo, jak pościg nie zostanie przerwany, statek taki może zostać zatrzymany. Jednak pościg powinien zostać przerwany w momencie, gdy znajdzie się on na wodach neutralnych. Jednostki morskie, które stawiają wyraźny opór dla ich zatrzymania, mogą zostać zaatakowane⁴⁰. Przyznanie uprawnienia do użycia siły stronie blokującej w stosunku do statku próbującego przełamać blokadę wynika z przyjęcia, że akt stawiania przez niego oporu stanowi skuteczne przyłączenie się do działań zbrojnych strony przeciwnej (strony blokowanej)⁴¹. W takiej sytuacji morska jednostka handlowa naruszająca blokadę (lub podejmująca takie próby) traci swój neutralny status, stając się celem działań zbrojnych⁴². Od tej chwili zniszczenie statku naruszającego blokadę daje zbrojną przewagę stronie blokującej, ponieważ statek ten zagraża efektywności blokady (wymaga jednak podkreślenia obowiązku ostrzeżenia takiego statku przez stronę blokującą)⁴³.

W związku z powyższymi rozważaniami należy również wskazać, iż przerwanie i przełamanie blokady (lub podjęcie prób mających to na celu) przez neutralny okręt⁴⁴ bez odpowiedniego upoważnienia przyznanego przez stronę blokującą stanowi pogwałcenie stosowanego prawa międzynarodowego⁴⁵. Jednak w takim przypadku strona blokująca nie jest upoważniona do zaatakowania takiego okrętu (do ataku może dojść jedynie w przypadku wykonywania przez stronę blokującą swojego prawa do samoobrony)⁴⁶.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Wyraźny opór rozumiany jest jako sposób zachowania, który może utrudniać stronie upoważnionej do dokonania zatrzymania jej działania. Jednakże wskazuje się, że zmiany kursu w celu ucieczki nie uzasadniają użycia siły. *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Szerzej o prawach żeglugowych okrętu zob. D.R. Bugajski, *Prawa żeglugowe okrętu w świetle prawa międzynarodowego publicznego*, Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR, Warszawa 2009.

⁴⁵ W. Heintschel von Heinegg, *op.cit.*, s. 970.

⁴⁶ *Ibidem*.

Najczęstszą reakcją jest jednak protest strony blokującej adresowany do rządu państwa neutralnego przynależności okrętu⁴⁷.

5. Blokada morska a morze pełne (otwarte)

Podczas analizy regulacji z zakresu prawa konfliktów zbrojnych na morzu, w tym norm odnoszących się do morskiej blokady wojennej, powstaje pytanie dotyczące relacji pomiędzy wspomnianymi regulacjami prawno-międzynarodowymi a postanowieniami Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza z Montego Bay (United Nations Convention on the Law of the Sea – UNCLOS)⁴⁸ i zawartymi w niej podstawowymi zasadami prawa morza, m.in. takimi, jak wolność morza pełnego (otwartego), związana z nią wolność żeglugi, czy zastrzeżenie morza pełnego wyłącznie dla celów pokojowych.

Zasada wolności morza pełnego (otwartego) zawarta została w art. 87 UNCLOS, zgodnie z którą morze pełne dostępne jest dla wszystkich państw (zarówno nadbrzeżnych, jak i śródlądowych). Jednak z wolności tej (dotyczącej, między innymi, wolności żeglugi⁴⁹) państwa powinny korzystać w zgodzie z obowiązującymi postanowieniami UNCLOS (jak również w zgodzie z innymi normami prawa międzynarodowego). Zgodnie z kolejnymi postanowieniami UNCLOS – art. 90 – każde państwo (zarówno nadbrzeżne, jak i śródlądowe) ma prawo uprawiać żeglugę na morzu pełnym (otwartym) na statkach noszących jego banderę, a – zgodnie z art. 92 ust. 1 UNCLOS – statki te podlegają na morzu otwartym wyłącznie jurysdykcji państwa bandery⁵⁰. Z kolei w art. 88 UNCLOS, morze pełne (otwarte) zastrzeżone zostało wyłącznie dla celów pokojowych. W związku z prowadzonymi rozważaniami należy mieć także na uwadze art. 301 Konwencji UNCLOS, który stanowi, iż Państwa-Strony konwencji, korzystając ze swoich praw i wykonując swoje obowiązki (zgodnie z UNCLOS), powinny powstrzymać się od groźby użycia siły lub użycia siły przeciwko integralności terytorialnej lub politycznej niezależności innego państwa (lub działań w jakikolwiek sposób niezgodnych z postanowie-

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ W 1982 r. (w wyniku III Konferencji prawa morza trwającej w latach 1973–82) przyjęta została Konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza (UNCLOS) z Montego Bay i po jej ratyfikacji przez wymaganą liczbę państw zaczęła obowiązywać w 1994 r. W 1998 r. UNCLOS została ratyfikowana przez Polskę (Dz.U. z 2002 r., Nr 59, poz. 543) i stanowi tym samym część polskiego porządku prawnego. Według danych na dzień 10.10.2014 r. stronami UNCLOS jest 166 państw; http://www.un.org/depts/los/reference_files/status2010.pdf (dostęp: 15.11.2014 r.).

⁴⁹ Jak również wolności przelotu, wolności układania kabli podmorskich i rurociągów oraz budowania sztucznych wysp i innych instalacji dozwolonych przez prawo międzynarodowe (z zastrzeżeniem postanowień wynikających z Części VI UNCLOS), wolności rybołówstwa (z zastrzeżeniem warunków wynikających z rozdziału II UNCLOS) oraz wolności badań naukowych (z zastrzeżeniem postanowień wynikających z części VI i XIII UNCLOS).

⁵⁰ Por. J. Łopuski, *Węzłowe problemy współczesnego prawa morskiego*, [w:] J. Łopuski (red.), *Prawo morskie*, Tom I, Oficyna Wydawnicza „BRANTA”, Bydgoszcz 1996, s. 160–198.

niami Karty Narodów Zjednoczonych⁵¹). W związku z tym zasadne jest krótkie omówienie relacji pomiędzy postanowieniami Konwencji o prawie morza z Montego Bay a regulacjami wynikającymi z międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych⁵² (w tym dotyczących morskiej blokady wojennej).

W literaturze podkreśla się, iż w UNCLOS nie jest zawarte żadne postanowienie wskazujące na zupełne zdemilitaryzowanie morza otwartego i art. 88 UNCLOS nie powinien być interpretowany rozszerzająco⁵³. Uzasadnia to także stanowisko Sekretarza Generalnego ONZ, zgodnie z którym aktywności militarne na morzu pełnym (otwartym), które są zgodne z prawem międzynarodowym wynikającym z Karty Narodów Zjednoczonych – w szczególności z art. 2 ust. 4⁵⁴ oraz art. 51⁵⁵ Karty NZ – nie są zakazane przez Konwencję o prawie morza z Montego Bay⁵⁶. Taka interpretacja postanowień Karty NZ oraz UNCLOS wynika także z tradycyjnego pojmowania wojny morskiej, zgodnie z którym prawa zwyczajowe wojny morskiej znajdują zastosowanie także na morzu pełnym (otwartym). Zostało to również wyraźnie określone w punkcie 10 (b) Podręcznika z San Remo, zgodnie z którym wrogie operacje morskich sił zbrojnych mogą być prowadzone (w zgodzie z obowiązującymi postanowieniami dotyczącymi konfliktów zbrojnych na morzu zawartymi w Podręczniku z San Remo lub w jakimkolwiek innym akcie) m.in. na powierzchni, pod powierzchnią lub ponad powierzchnią morza pełnego (otwartego). W związku z tym niektórzy autorzy przyjmują, że w przypadku konfliktów zbrojnych na morzu, pokojowe postanowienia UNCLOS uchylane są przez prawo konfliktów zbrojnych na morzu, w myśl zasady *lex*

⁵¹ W 1945 r. Karta Narodów Zjednoczonych została ratyfikowana przez Polskę (Dz.U. z 1947 r., Nr 23, poz. 90) i stanowi tym samym część polskiego porządku prawnego. Na dzień 17.11.2014 r. stronami Karty NZ są 193 państwa; https://treaties.un.org/Pages/src-TREATY-mtdsg_no-I-1-chapter-1-lang-en-PageView.aspx (dostęp: 17.11.2014 r.).

⁵² Por. L. Łukaszuk, *Współpraca i spory międzynarodowe na morzach: Wybrane zagadnienia prawa, polityki morskiej i ochrony środowiska*, Wyd. Difin, Warszawa 2009, s. 230–240.

⁵³ Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident, s. 78.

⁵⁴ Zgodnie z art. 2 ust. 4. Karty NZ w swych stosunkach międzynarodowych wszyscy członkowie ONZ powinni powstrzymać się od stosowania groźby użycia siły przeciwko całości terytorialnej lub niepodległości któregośkolwiek państwa.

⁵⁵ Zgodnie z art. 51 Karty NZ żadne postanowienia Karty Narodów Zjednoczonych nie mogą stać w sprzeczności z niepozbawialnym prawem do samoobrony indywidualnej lub zbiorowej w sytuacji napaści zbrojnej na któregośkolwiek członka ONZ (zanim Rada Bezpieczeństwa podejmie niezbędne zarządzenia mające na celu utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa). Środki podjęte przez członków ONZ mające na celu wykonanie takiego prawa do samoobrony powinny zostać natychmiast podane do wiadomości Radzie Bezpieczeństwa i nie powinny zmniejszać jej władzy i odpowiedzialności (wynikających z Karty NZ) do podjęcia w każdej chwili niezbędnej akcji do utrzymania lub przywrócenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa.

⁵⁶ Department for Disarmament Affairs, Report of the Secretary-General (No A/40/535), The Naval Arms Race, United Nations Publication, New York, s. 47–48, <http://www.un.org/disarmament/HomePage/ODAPublications/DisarmamentStudySeries/PDF/SS-16.pdf> (dostęp: 15.11.2014 r.).

*specialis derogat legi generali*⁵⁷. Należy jednak mieć na uwadze, że obecna doktryna prawa międzynarodowego nie do końca pozwala na dokonanie pełnego rozróżnienia pomiędzy prawem obowiązującym w czasie pokoju a prawem obowiązującym w czasie wojny, co również utrudnia określenie dokładnych relacji pomiędzy omówionymi wyżej regulacjami prawnymi⁵⁸. Podkreśla się również, że UNCLOS jest traktatem międzynarodowym, tworzącym porządek prawny na morzach i oceanach świata, którego celem nie jest regulowanie relacji pomiędzy poszczególnymi państwami⁵⁹. Dlatego wskazuje się, iż porządek prawny, dotyczący wykorzystania mórz i oceanów stworzony przez UNCLOS obowiązuje państwa neutralne także w czasie wojny (prowadzonej pomiędzy innymi wojującymi stronami) i państwa wojujące mają obowiązek respektowania praw państw neutralnych wynikających, między innymi, z UNCLOS⁶⁰.

6. Odpowiedzialność społeczności międzynarodowej a konsekwencje wynikające z naruszenia morskiej blokady wojennej

Ze względu na omówioną powyżej charakterystykę morskiej blokady wojennej oraz poważne niebezpieczeństwo (możliwość utraty zdrowia, a nawet życia) związane z konsekwencjami wynikającymi z naruszenia legalnie – lecz nie tylko⁶¹ – ustanowionej blokady, międzynarodowa społeczność powinna czynnie zniechęcać do wszelkich prób jej przełamania. Wysokie ryzyko związane z naruszeniem blokady zobowiązuje wszystkie państwa do zapewnienia swoim obywatelom odpowiedniej wiedzy i uświadomienia im ryzyka, jakie niesie za sobą angażowanie się w akcje o takim charakterze, jak również aktywnego zniechęcania swoich obywateli do podejmowania takich

⁵⁷ Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident, s. 80. L.C. Green, *The Contemporary Law Of Armed Conflict*, 3rd edition, Manchester University Press, Manchester 2008, s. 191.

⁵⁸ R. Wolfrum, *Military Activities on the High Seas*, [w:] M.N. Schmitt, L.C. Green (red.), *The law of armed conflict: Into the Next Millennium*, Naval War College, Newport, Rhode Island 1998, s. 509–510.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*. Por. O.P. Sharma, *The International Law of The Sea: India and the UN Convention of 1982*, Oxford University Press, New Delhi 2009, s. 23–24 oraz R.R. Churchill, A.V. Lowe, *The law of the sea*, 3rd edition, Manchester University Press, Manchester 1999, s. 421–432.

⁶¹ Zdarza się, że kwestia legalności morskiej blokady wojennej jest kontrowersyjna i budzi wiele wątpliwości. Jednak sprawa jej legalności nie powinna podlegać ocenie osób angażujących się w różnego rodzaju akcje społeczne (humanitarne), ponieważ z punktu widzenia osób próbujących przerwać i przełamać blokadę najistotniejsze są skutki mogące nastąpić „tu i teraz”. Innymi słowy, w przypadku, gdy strona blokująca zdecyduje się na użycie siły w stosunku do statku próbującego przerwać i przełamać blokadę i osoby znajdujące się jej pokładzie poniosą uszczerbek na zdrowiu (lub też w skrajnych przypadkach utracą życie), wynik późniejszego międzynarodowego dochodzenia w sprawie użycia siły przez stronę blokującą nie będzie miał dla tych osób istotniejszego znaczenia.

prób⁶². Podkreślenia wymaga fakt, iż wielu społecznych aktywistów biorących udział w działaniach mających na celu np. przełamanie blokady morskiej nie zna zasad obowiązującego prawa międzynarodowego i często nie zdaje sobie sprawy z ryzyka, które to za sobą niesie⁶³. Oczywiście jest jednak, iż odpowiedzialność za informowanie osób pragnących wziąć udział w takich działaniach nie może zostać zrzucona na organizacje pozarządowe⁶⁴. Obowiązek przeciwdziałania takim akcjom spoczywa na państwie, tym bardziej w sytuacji, gdy państwo poweźmie wiadomości o zamiarze podjęcia przez swoich obywateli lub przez jednostkę morską noszącą jego banderę próby naruszenia morskiej blokady wojennej⁶⁵. W takiej sytuacji państwo to powinno przedsięwziąć wszelkie możliwe – demokratyczne – środki w celu przeciwdziałania realizacji takiego celu. Podkreśla się, iż odpowiedzialność za informowanie obywateli i zniechęcanie ich do podejmowania prób przełamania blokady spoczywa na państwach pomimo tego, że nie dysponują one prawnymi środkami umożliwiającymi im powstrzymanie ludności od podjęcia takiego działania⁶⁶.

7. Morska blokada wojenna a działalność misji humanitarnych

Często zdarza się, że nałożenie morskiej blokady wojennej negatywnie wpływa na działalność misji humanitarnych niosących pomoc ludności cywilnej znajdującej się w obrębie konfliktu zbrojnego. Dlatego w przypadku misji humanitarnych tym bardziej istotne jest, by organizacje te (ich pracownicy, wolontariusze oraz wszelkie osoby zaangażowane w niesienie pomocy ludności cywilnej znajdującej się w rejonie konfliktu zbrojnego) zdawały sobie sprawę z faktu istnienia i obowiązywania międzynarodowych regulacji prawnych (w tym regulacji z zakresu międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych). Zgodnie z międzynarodowym prawem humanitarnym pracownicy organizacji humanitarnych muszą respektować obowiązujące wymogi

⁶² Tragiczny w skutkach incydent z udziałem jednostki *m/v Mavi Marmara* w Strefie Gazy w 2010 roku powinien stanowić przestrożę dla wszystkich rządów, by ostrzegały one swoich obywateli o ryzyku podróżowania na statkach, które zaangażowane są w rejsy mającą na celu próbę przerwania i przełamania blokady morskiej. Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident, s. 71. Szerzej na ten temat zob. także: The Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010: The Turkel Commission, <http://www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/8808report-eng.pdf> (dostęp: 27.11.2015 r.), A. Makowski, *Kazus m/v „Mavi Marmara” i „Flotylli wolności” w świetle współczesnego prawa konfliktów zbrojnych na morzu*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2013, t. XXIX, s. 127–143.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*. W celu informowania swoich obywateli o zagrożeniu związanym ze wszelkimi próbami przełamania blokady państwa mogą wykorzystywać masowe środki przekazu, jak również informacje takie zawierać w postaci ostrzeżeń dla podróżujących w regiony, w których może występować takie zagrożenie.

bezpieczeństwa⁶⁷. Ochrona statków morskich niosących pomoc humanitarną jest zagwarantowana w sytuacji, gdy statek taki wchodzi na obszar blokowany, gdy zostało przyznane mu pozwolenie na bezpieczne przejście (na podstawie umowy pomiędzy wojującymi stronami)⁶⁸. Wydanie takiego pozwolenia i zapewnienie bezpieczeństwa często uzależnione jest jednak od przeprowadzenia inspekcji na jego pokładzie, jak również podporządkowania się (np. dokonania określonej zmiany kursu) w razie wydania takiego polecenia przez stronę blokującą. Podkreślić należy, że wszelkie próby przełamania blokady przez statki niosące pomoc humanitarną – bez przyznanego im pozwolenia – narażają na niebezpieczeństwo wszystkie osoby znajdujące się na ich pokładzie, jak również sam statek. Dlatego też istotne jest, aby osoby znajdujące się na pokładach statków niosących pomoc humanitarną działały w zgodzie z zasadami prawa międzynarodowego, takimi jak neutralność, bezstronność i człowieczeństwo⁶⁹.

8. Blokada morska Rady Bezpieczeństwa ONZ

Przy okazji analizowania zagadnienia blokady należy wspomnieć o art. 42 Karty Narodów Zjednoczonych, zgodnie z którym, jeżeli Rada Bezpieczeństwa ONZ uzna, że środki z art. 41 Karty NZ⁷⁰ okażą się niewystarczające, może ona podjąć decyzję o zastosowaniu – między innymi – blokady w celu utrzymania albo przywrócenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. W tym miejscu pojawia się jednak pytanie, czy i w jakim zakresie blokada wprowadzona przez Radę Bezpieczeństwa ONZ podporządkowana jest tradycyjnym regulacjom prawnym (wynikającym np. z Podręcznika z San Remo). Z jednej strony wydaje się, że Rada Bezpieczeństwa ONZ ma spory margines swobody działania i jako organ Organizacji Narodów Zjednoczonych nie jest bezpośrednio związana międzynarodowymi normami prawnymi regulującymi postępowanie państw podczas konfliktów zbrojnych⁷¹. Z drugiej jednak strony oczywiste jest, że blokada zarządzana przez Radę Bezpieczeństwa ONZ musi zostać ogłoszona, a więc poprzez stworze-

⁶⁷ *Ibidem*, p. 72.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Co wyrażone zostało w pkt 2. Załącznika do rezolucji Zgromadzenia Ogólnego NZ Strengthening of the coordination of humanitarian emergency assistance of the United Nations z 19 grudnia 1991 r. (A/RES/46/182).

⁷⁰ Artykuł 41 Karty NZ stanowi, iż Rada Bezpieczeństwa może zdecydować, jakie środki nie wymagające użycia siły zbrojnej należy zastosować dla skutecznego przeprowadzenia jej decyzji oraz może wezwać członków Organizacji Narodów Zjednoczonych do zastosowania takich środków. Środki te mogą obejmować zupełne lub częściowe przerwanie stosunków gospodarczych oraz komunikacji: kolejowej, lotniczej, pocztowej, telegraficznej, radiowej i innej, jak również zerwanie stosunków dyplomatycznych.

⁷¹ W. Heintschel von Heinegg, *Naval blockade*, [w:] M.N. Schmitt (red.), *International Law Across the Spectrum of Conflict: Essays in Honour of Professor L.C. Green on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Naval War College, Newport, Rhode Island 2000, s. 217.

nie odpowiedniej rezolucji RB ONZ spełnione zostaną kryteria obowiązujące strony walczące (takie jak ogłoszenie, powiadomienie oraz określenie dokładnych szczegółów dotyczących blokady). Należy jednak zauważyć, że Rada Bezpieczeństwa ONZ nie może rozporządzać siłami zbrojnymi, w związku z czym blokada morska wykonywana będzie przy użyciu marynarki wojennej państw – członków ONZ. Praktyka RB ONZ wskazuje, że ze względu na humanitarne pobudki niektóre dobra niezbędne do przetrwania ludności cywilnej znajdującej się na blokowanym obszarze mogą zostać dostarczone na blokowany teren (pomimo nałożenia blokady), jak również, iż dla stron trzecich nie zostanie zablokowany dostęp do portów. Pomimo jednak szeregu podobieństw dotyczących blokad ustanawianych zgodnie z postanowieniami Podręcznika z San Remo a blokad nakładanych przez Radę Bezpieczeństwa ONZ istnieje jedna zasadnicza różnica – w przypadku tej drugiej nie ma miejsca na neutralność⁷². Zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych w przypadku zaistnienia konfliktu zbrojnego RB ONZ określa, które państwo (państwa) jest agresorem, a które stało się przedmiotem zbrojnej napaści⁷³. W takim przypadku, wszystkie państwa-członkowie ONZ powinny powstrzymać się od pomagania państwu-agresorowi i – wedle uznania – mogą one nieść pomoc stronie zaatakowanej⁷⁴. W literaturze wskazuje się także, że blokada morska jest legalna jedynie w dwóch przypadkach, tj. ustanowienia jej w zgodzie z omówionym powyżej art. 42 Karty NZ oraz w sytuacji wykonywania przez państwa (indywidualnie lub zbiorowo) prawa do samoobrony (zgodnie z art. 51 Karty NZ)⁷⁵.

9. Wnioski końcowe

Reasumując, pomimo utrwalonego przez stulecia sposobu prowadzenia wojny morskiej i bezpośrednio związanej z nią blokady, prawo obowiązujące podczas konfliktów zbrojnych na morzu nie jest uregulowane w żadnym międzynarodowym akcie prawnym z zakresu *hard law*. Normy prawne stosowane w trakcie tego rodzaju konfliktów, regulujące między innymi omówio-

⁷² W. Heintschel von Heinegg, *Naval Blockade and International Law*, [w:] B.A. Elleman, S.C.M. Paine (red.), *Naval Blockades and Seapower: Strategies and Counter-Strategies, 1805–2005*, Routledge-Abingdon-New York 2006, s. 21. Szerzej na temat neutralności w prawie międzynarodowym zob. także: L. Oppenheim, H. Lauterpacht, *International Law. Disputes, War and Neutrality*, 7th edition, Vol. II, Longmans, Green & Co., London-New York-Toronto 1952, s. 624–672, W. Heintschel von Heinegg, *Seekriegsrechts und Neutralität im Seekrieg*, Duncker & Humblot, Berlin 1995, s. 500–588 oraz A. Makowski, *Problem neutralności we współczesnych konfliktach zbrojnych na morzu*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2014, t. XXXII, s. 255–273.

⁷³ N. Ronzitti, *The Crisis of the Traditional Law Regulation International Armed Conflicts at Sea and the Need for its Revision*, [w:] N. Ronzitti (red.), *The Law of Naval Warfare. A Collection of Agreements and Documents with Commentaries*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London 1988, s. 6.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ A. Makowski, M. Ilnicki, *op.cit.*, s. 116.

ną w artykule morską blokadę wojenną, stanowią jedynie normy zwyczajowe, które zebrane zostały w kodyfikacji prywatnej – Podręczniku z San Remo z 1994 r..

Między innymi w związku z tym legalność (oraz skuteczność) blokad morskich wciąż pozostaje kontrowersyjna i jest przedmiotem rozważań prawników internacjonalistów, wojskowych i wszystkich osób uczestniczących w jakikolwiek sposób w konfliktach zbrojnych⁷⁶. Dlatego tym bardziej istotne jest, by wszystkie zainteresowane strony – przede wszystkim państwa – działały z zachowaniem w stosunku do morskich blokad wojennych jak największej ostrożności i z rozważą podchodziły do ich ustanawiania oraz egzekwowania. Morska blokada wojenna, jak zostało wskazane powyżej, z założenia niesie za sobą istotne konsekwencje w odniesieniu do wolności żeglugi, pokojowego wykorzystania mórz i oceanów, jurysdykcji państwa bandery oraz powoduje cierpienie znajdującej się na blokowanym obszarze ludności cywilnej, jak również może prowadzić do utraty zdrowia, a nawet życia osób, które w dobrej wierze, chcąc wspierać ludność cywilną znajdującą się w centrum konfliktu, nieświadome konsekwencji próbują taką blokadę przełamać. W związku z tym międzynarodowa społeczność jako podmiot zbiorowy oraz każde z państw wchodzących w jej skład z osobna powinny upowszechniać wśród społeczeństwa wiedzę z zakresu międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych, a w tym szczegółowym przypadku o potencjalnych konsekwencjach wynikających z istnienia morskiej blokady wojennej.

⁷⁶ Zob. także: T.M. Gelewski, *Jak uprawiać prawo wojny morskiej?*, „Prawo Morskie” 1998, t. X, s. 11–17.

TRAKTOWANIE JEŃCÓW WOJENNYCH PRZEZ BRYTYJCZYKÓW W EPOCE WOJEN NAPOLEOŃSKICH

HOW BRITISH GOVERNMENT TREATED PRISONERS OF WAR DURING THE NAPOLEONIC ERA

Summary

In the history prisoners of war have always been a central aspect of armed conflicts. Their status and their treatment changes over time. Before the French Revolution prisoners were enlisted into the captor's armed forces, sold as slaves or killed. The prisoner of war regime was legally codified in the second half of the 19th century and the first half of the 20th century. This article presents how British government treated prisoners of war during the Napoleonic era. In that time established practices such as the release of prisoners on parole, the exchange of prisoners and the pressing of prisoners into the British forces. A lot of them were held in hulks when living conditions were very bad and mortality was very high.

keywords: International Humanitarian Law of military conflicts, Napoleonic era, treatment of prisoners of war, prison hulks

1. Wstęp

Los jeńców wojennych był na przestrzeni dziejów najbardziej godny pożałowania. Byli oni zabijani albo sprowadzani do roli niewolników. Normy prawne dotyczące ich traktowania kształtowały się w oparciu o idee różnych cywilizacji, pojęć moralnych i wierzeń religijnych¹. Pierwsze wskazówki dotyczące postępowania z jeńcami wojennymi znajdowały się już w kodeksie władcy starożytnego Babilonu oraz we wschodnich księgach religijnych².

¹ A. Szpak, *Status prawny zatrzymanych w Guantanamo Bay*, Toruń 2007, s. 20.

² Zapisy takie znajdowały się w Kodeksie Hammurabiego z XVIII w. p.n.e. Na przykład w § 32. napisano: „Jeśli żołnierza albo »sieciorza«, który podczas wyprawy królewskiej dostał się do niewoli, kupiec wykupił i miasta jego pomógł mu dotrzeć, (to) jeżeli w domu jego na okup jest, on sam siebie wykupi; jeżeli w domu jego na okup za niego nie ma, przez świątynię miasta swego zostanie wykupiony; jeżeli w świątyni miasta jego na okup nie ma, pałac wykupi”. *Kodeks Hammurabiego*, przekł. M. Stępień, Warszawa 1996, s. 21.

Szczególnie humanitarne podejście do tej kwestii zawierał indyjski Kodeks Manu, według którego przeciwnicy ujęci w czasie walki nie powinni być zabijani, a traktowani jak własne dzieci³. Niestety, nakazy te nie były przestrzegane nawet w kręgu wyznawców buddyzmu i bardzo często dochodziło do bestialskiego mordowania jeńców⁴.

Na uwagę zasługuje różnorodne podejście do tej kwestii w krajach basenu Morza Śródziemnego. Starożytni Grecy uważali, że prawo do godności ludzkiej przysługuje jedynie jeńcom z ich kręgu kulturowego. Natomiast obcokrajowcy i barbarzyńcy byli traktowani jak własność osoby, która wzięła ich do niewoli i tylko od niej zależał los pojmanego jeńcy⁵. W Imperium Rzymskim jeńców wojennych można było zabijać jedynie w przypadku, gdy powodowali utrudnienia w operacjach wojskowych prowadzonych przez legiony⁶. Powszechnie jednak byli traktowani jako własność państwa i sprzedawani w niewolę lub zasilali liczne naówczas szkoły gladiatorów⁷.

W niejednolity sposób traktowano jeńców wojennych na kontynencie afrykańskim. Uzależnione to było od zwyczajów poszczególnych plemion. Niektóre z nich zabijały lub okaleczały jeńców, natomiast inne pozwalały na ich stopniową asymilację z miejscową społecznością plemienną⁸.

Wraz z upowszechnianiem się chrześcijaństwa zaczęto w bardziej humanitarny sposób traktować wziętych do niewoli żołnierzy przeciwnika. Uzależnione to jednak było od ich wyznania. Z niezwykle okrucieństwem traktowano niewiernych, schizmatyków i heretyków oraz tych wszystkich chrześcijan, którzy współpracowali z innowiercami⁹. W okresie rozkwitu średniowiecza i kształtowania się kodeksu rycerskiego wypracowano pewne formy postępowania z jeńcami wojennymi. Jednak formy te uzależnione były od statusu społecznego jeńców. Przedstawicielom stanu rycerskiego przysłu-

³ M. Flemming, *Jeńcy wojenni. Studium prawnohistoryczne*, Warszawa 2000, s. 6.

⁴ Jak podaje Jan Kieniewicz, cesarz Aśioka (?-232 r. p.n.e.) z dynastii Maurjów, podbijając i podporządkowując sobie Kalingę w 260 r. p.n.e. (państwo w dzisiejszych Indiach, stan Orissa), niezwykle brutalnie obszedł się z jej ludnością. Zginęło około 100 tys. mieszkańców, w tym pojmani jeńcy wojenni, a 150 tys. mieszkańców zostało deportowanych. Po tym podboju Aśioka zamknął się w odosobnieniu, przyjął dharwę Buddy i stał się władcą oświeconym i sprawiedliwym krzewicielem buddyzmu. J. Kieniewicz, *Historia Indii*, Wrocław 1980, s. 85. Szerzej: F. Louis, *Słownik cywilizacji indyjskiej*, t.1, Katowice 1998.

⁵ M. Flemming, *op.cit.*, s. 7.

⁶ Jeńców zabijano również w czasie uroczystości religijnych. Na przykład Juliusz Cezar po odbyciu triumfu wieńczącego jego zwycięską kampanię w Galii kazał udusić wodza galijskiego plemienia Arwenów Wercyngetoryksa i wielu innych wybitniejszych jeńców. Natomiast przybrany syn Cezara – Oktawian August – w czasie uroczystości religijnych na cześć swojego ojca polecił złożyć w ofierze 300 jeńców wojennych. *Ibidem*, s. 8.

⁷ Jednak jeżeli wymagała tego rzymska racja stanu, jeńcy wojenni byli odsyłani do domów bez jakichkolwiek warunków. Tak postąpił Pompeusz po odbyciu triumfu w 61 r. p. n. e. oraz cesarz Tyberiusz po zwycięskiej kampanii w Panonii w 9 r. n. e. *Ibidem*, s. 9.

⁸ A. Szpak, *op.cit.*, s. 22.

⁹ H.S. Levie, *Documents on Prisoners of War*, Helsinki-Newport 1979, s. 4.

giwał przywilej zwolnienia „na słowo” lub za okupem, natomiast żołnierzy formacji pieszych więziono w lochach zamków panów feudalnych¹⁰.

Niezwykle interesującym okresem był zmierzch średniowiecza i epoka renesansu. Wówczas działania wojenne prowadzono głównie w oparciu o wojska najemne, które w większości składały się z żołnierzy walczących dla osobistych korzyści materialnych. W czasie prowadzonych wojen z niezwykłym okrucieństwem traktowano ludność cywilną podbitych terenów, natomiast z jeńcami obchodzono stosunkowo łagodnie, gdyż w przypadku odwrócenia sojuszy lub zmiany najemcy dzisiejszy przeciwnik mógł jutro stać się towarzyszem broni¹¹.

Należy jednak zaznaczyć, że w okresie tym doszło do korzystnej zmiany w prawie dotyczącym prowadzenia konfliktów zbrojnych. Traktaty wersalskie z 1648 r., podpisane po zakończeniu wojny trzydziestoletniej (1618–1648) zakończyły okres przedmiotowego traktowania jeńców wojennych. Odtąd byli żołnierzami przeciwnika, za których odpowiadało państwo zatrzymujące, a nie osoby, które wzięły ich do niewoli. Mieli oni zatem realne szanse na doczekanie końca wojny i powrót do swojej ojczyzny. W wielu późniejszych pokojowych umowach bilateralnych ustalano, że wszyscy jeńcy wojenni będą zwalniani bez jakiegokolwiek okupu oraz bez żadnych różnic i wyjątków¹².

Jak zauważyła Agnieszka Szpak, właściwie aż do XIX w. na prawo wojny składały się zasady kodeksu rycerskiego, niewiążące dzieła przedstawicieli doktryny (H. Grocjusza, J.J. Rousseau, E. de Vattela) oraz kształtujące się zasady międzynarodowego prawa zwyczajowego¹³. Ogólnie jednak status jeńców wojennych niewiele różnił się od statusu niewolników.

Grocjusz uważał, że czynienie z jeńców wojennych niewolników motywowane było humanitaryzmem, gdyż w przeciwnym wypadku można ich było – stosownie do obowiązującego wówczas prawa – zabić¹⁴. Natomiast M. Flemming twierdził, że o zwolnieniu jeńców decydowały wyłącznie względy ekonomiczne i polityczne, a nie humanitarne¹⁵. Niestety proces prowadzący do postrzegania w nich istot mających prawo do godziwego traktowania był bardzo powolny i trwał aż do końca XIX w., kiedy to pojawiły się pierwsze konwencje międzynarodowe dotyczące zasad prowadze-

¹⁰ A. Rosas, *The Legal Status of Prisoners of War*, Helsinki 1976, s. 45.

¹¹ M. Fleming, *op.cit.*, s. 12.

¹² H.S. Levie, *op.cit.*, s. 5.

¹³ A. Szpak, *op.cit.*, s. 25.

¹⁴ H. Grocjusz, *Trzy księgi o prawie wojny i pokoju. Prolegomena*, Warszawa 1957, s. 494.

¹⁵ M. Flemming, *op.cit.*, s. 8.

nia konfliktów zbrojnych i ochrony poszczególnych kategorii osób i dóbr materialnych¹⁶.

Przed przystąpieniem do przedstawienia problematyki traktowania jeńców wojennych przez Brytyjczyków w czasie epoki napoleońskiej chciałbym jeszcze zwrócić uwagę na niezwykle interesujące dokumenty, które pojawiły się pod koniec XVIII w. Należały do nich: Traktat o przyjaźni i handlu zawarty 10 września 1785 r. między Prusami i Stanami Zjednoczonymi¹⁷ oraz dekrety francuskiego Zgromadzenia Narodowego z lat 1792–1793. Stanowiły one wyraz postępu w problematyce traktowania jeńców wojennych.

W art. XXIV traktatu zapisano, iż: „aby zapobiegać wyniszczeniu jeńców przez ich wysyłanie do krajów odległych o niekorzystnym klimacie, a także umieszczaniu ich w zamkniętych i niezdrowych miejscach, obie umawiające się strony uroczyście zobowiązują się, wzajemnie i wobec całego świata, że nie zastosują żadnej takiej praktyki że żadna z nich nie wyśle jeńców, których ujęła od drugiej strony, ani do Wschodnich Indii, ani do innych części Azji lub Afryki, ale będą umieszczani w jakiejś części ich dominiów w Europie lub Ameryce w zdrowych warunkach. Nie będą oni zamykani w lochach, na statkach więzieniach lub więzieniach, ani nie będą zakuwani w łańcuchy, krępowani, czy w inny sposób ograniczeni w korzystaniu z ich kończyn. [...] Oficerowie winni być ulokowani, po daniu słowa, że nie zbiegną, w wygodnych kwaterach, natomiast szeregowi w koszarach i innych pomieszczeniach na takich samych warunkach jak żołnierze państwa, w którego władzy się znaleźli”¹⁸.

Z kolei francuskie dekrety, wśród wielu innych spraw, regulowały kwestie dotyczące traktowania jeńców wojennych. W dekreście z 4.05.1792 r. przyjęto, że:

- 1) „jeńcy wojenni znajdują się pod ochroną narodu francuskiego;
- 2) wszelkie akty okrucieństwa lub przemocy, wszelkie obelgi skierowane przeciwko jeńcowi podlegają karze tak, jakby były popełnione na szkodę obywatela francuskiego;
- 3) jeńcy wojenni powinni być postawieni przed sądami powszechnymi w razie popełnienia przestępstwa i są sądzeni tam za akty buntu, a tak-

¹⁶ Pierwszą umową międzynarodową była Deklaracja w przedmiocie wojny morskiej podpisana w Paryżu 16 kwietnia 1856 r., a kolejną Konwencja w sprawie polepszenia losu rannych wojskowych w armiach w polu będących paraflowana w Genewie 22 sierpnia 1864 r. L. Gelberg (oprac.), *Prawo międzynarodowe i historia dyplomatyka. Wybór dokumentów*, Warszawa 1954, t. 1, s. 60, 105–106.

¹⁷ Traktat ten został podpisany po zakończeniu wojny o niepodległość Stanów Zjednoczonych. Z punktu widzenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego istotne znaczenie miał pkt 24 mówiący o traktowaniu jeńców wojennych. Został on opracowany w oparciu o doświadczenia amerykańskie.

¹⁸ H.S. Levie, *op.cit.*, s. 8–9.

że otrzymywać odszkodowanie za krzywdy i szkody, co do których złożyli skargę”¹⁹.

Na mocy tego dokumentu zezwalano na zwalnianie na słowo jeńców-oficerów (parol) pod warunkiem przebywania w wyznaczonej miejscowości na terytorium Francji. Złamanie danego słowa groziło postępowaniem karnym i osadzeniem w więzieniu. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż podobna praktyka obowiązywała wówczas w Wielkiej Brytanii²⁰.

Dekret z 3 sierpnia 1792 r. miał na celu skłonienie przeciwnika do uznania za legalnych kombatanatów członków ochotniczej Gwardii Narodowej i lokalnych formacji tej Gwardii. Ostrzegał, że w przypadku stosowania niehumanitarnych sposobów ich traktowania ujęci nieprzyjacielscy żołnierze pochodzenia szlacheckiego będą w ramach represaliów traktowani w podobny sposób²¹.

Z kolei w dekretach wydanych przez Zgromadzenie Narodowe w dniach 16 września 1792 r. i 25 maja 1793 r. uregulowano sprawę wymiany jeńców wojennych. Zabraniały one wymiany oficerów i podoficerów za większą liczbę szeregowych oraz stosowania praktyki zwalniania za okupem²².

Przytoczone dokumenty, mimo iż posiadały moc prawną tylko w odniesieniu do ograniczonej liczby ówczesnych podmiotów prawa międzynarodowego i nie wywarły istotnego wpływu na traktowanie jeńców wojennych w okresie epoki napoleońskiej, znalazły odzwierciedlenie w późniejszych konwencjach i deklaracjach międzynarodowych dotyczących ochrony tej grupy osobowej²³.

2. Jeńcy wojenni epoki napoleońskiej

Sześć lat po uchwaleniu wspomnianych dekretów Europa wkroczyła w epokę wojen napoleońskich²⁴. Epokę, którą mimo stosunkowo krótkiego czasu trwania charakteryzowała niezwykła dynamika prowadzenia działań

¹⁹ M. Fleming, *Traktowanie polskich jeńców wojennych przez Niemcy i ZSRR w czasie II wojny światowej a prawo międzynarodowe*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1997, Nr 3–4, s. 17–18.

²⁰ M. Fleming, *Jeńcy wojenni...*, s. 285–286.

²¹ A. Rosas, *op.cit.*, s. 66.

²² A. Szpak, *op.cit.*, s. 28.

²³ M.in. w Kodeksie Libera z 1863 r., Regulaminie dotyczącym praw i zwyczajów wojny lądowej stanowiącej załącznik do Konwencji dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej (IV konwencja haska) z 18 października 1907 r., Konwencji genewskiej dotyczącej traktowania jeńców wojennych z 27 lipca 1929 r., Konwencji o traktowaniu jeńców wojennych (III konwencja genewska) z 12 sierpnia 1949 r.

²⁴ Powszechnie przyjmuje się, że „epoka napoleońska” trwała od roku 1799 do 1815. Obok zmian, które dokonały się na mapie politycznej Europy, szeroko upowszechniono także postępowe zdobycze oświeceniowej rewolucji francuskiej, szczególnie z zakresu prawa, np. wydany w 1804 r. Kodeks Napoleona zawierał przepisy prawa karnego, cywilnego i handlowego. Ponadto zapewniał obywatelom równość wobec prawa, wolność wyznania i równouprawnienie religii. Gwarantował swobodę działalności gospodarczej i nienaruszalność własności prywatnej. Podobne kodeksy były później wprowadzane w państwach uzależnionych od Napoleona.

zbrojnych. W odróżnieniu do poprzednich kampanii wojennych cechowało ją wprowadzenie na pola bitewne wielkich, czasem nawet kilkuset tysięcynych mas żołnierskich²⁵. W jednej bitwie, trwającej kilkanaście godzin, ginęło czasem kilka tysięcy żołnierzy. Jednak znacznie większe straty spowodowane były chorobami i zranieniami. Obliczono, że z 4,5 mln Francuzów powołanych w latach 1799–1815 pod broń, w bitwach poległo mniej niż 300 tys. a 2,5 mln zmarło wskutek zranień lub chorób zakaźnych. Groźne zwłaszcza były tyfus plamisty, szkorbut i czerwotka²⁶.

W epoce napoleońskiej jeńcy wojenni nie zawsze byli traktowani humanitarnie. 10 marca 1799 r. doszło do haniebnego zbrodni wojennej, kiedy to wojska Bonapartego wymordowały w Palestynie około 3 tys. jeńców arabskich tylko dlatego, że Francuzi nie posiadali wystarczających sił do ich nadzorowania²⁷. Natomiast naoczny świadek bitwy pod Berlinem, stoczonej 23 sierpnia 1813 r. i zakończonej klęską wojsk napoleońskich, podaje, iż liczni jeńcy francuscy i sascy byli brutalnie maltretowani. Z kolei w czasie bitwy pod Liigny w Belgii, stoczonej 16 czerwca 1815 r., francuski generał zabronił swoim żołnierzom „przyprawiać jeńców pruskich”²⁸.

Jeńcy wojenni stanowili ogromny problem dla walczących stron i to zarówno w czasie trwania zmagających wojennych, jak i po ich zakończeniu. W maju 1810 r., kiedy Francja prowadziła z Anglią rokowania w sprawie wymiany jeńców, w niewoli angielskiej znajdowało się 46 573 jeńców, w tym 43 774 Francuzów, 2294 Duńczyków, 302 Rosjan i 103 Holendrów. Natomiast w niewoli francuskiej przebywało: 10 526 Anglików, 38 355 Hiszpanów, 17 000 Hanowerczyków, 932 żołnierzy z Legii Irlandzkiej oraz 500 zakładników²⁹. Co ciekawe, żołnierze narodowości polskiej, włoskiej, szwajcarskiej i niemieckiej w służbie francuskiej zaliczani byli przez Brytyjczyków do Francuzów, ponieważ nie ujmowano ich w oddzielnych statystykach³⁰. W sierpniu 1811 r., w następstwie kampanii hiszpańskiej, w niewoli francuskiej znalazło się ponad 87 000 Hiszpanów, Portugalczyków i Brytyjczyków³¹.

²⁵ Każda ze stron wystawiała wówczas armie liczące od 100 do 200 tys. żołnierzy. Na przykład w bitwie pod Austerlitz wzięło udział 71 500 żołnierzy francuskich i 92 tys. żołnierzy austriacko-rosyjskich, natomiast w bitwie pod Borodino 120 tys. Francuzów starło się z 135 tys. Rosjan.

²⁶ M. Flemming, *Międzynarodowe Prawo Konfliktów Zbrojnych. Zbiór dokumentów*, uzupełnienie i redakcja E. Gąska, E. Mikos-Skuzka, Warszawa 2003, s. 16.

²⁷ M. Fleming, *Jeńcy wojenni...*, s. 15.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ S. Kirkor, *Polacy w niewoli angielskiej w latach 1803–1814*, Kraków 1981, s. 36.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*, s. 39.

Jeńcy byli trzymani w różnych miejscach odosobnienia, we Francji przeważnie w twierdzach, a w Anglii także na statkach-więzieniach nazywanych wówczas hulkami więziennymi³².

Na przełomie XVIII i XIX w. nie istniały żadne umowy międzynarodowe dotyczące konfliktów zbrojnych. Nie funkcjonowały również organizacje i instytucje niosące pomoc ofiarom wojen w rodzaju Czerwonego Krzyża, nie znano również pojęcia „mocarstwo opiekuńcze”. Wszelkie sprawy związane z traktowaniem jeńców wojennych uzgadniano na drodze porozumień bilateralnych. Podobne porozumienia istniały między Anglią i Francją. Należy zwrócić uwagę, że traktowanie jeńców wojennych-oficerów znacznie odbiegało od traktowania podoficerów i szeregowych. Nie inaczej działo się to w omawianym okresie. Powodem tej różnicy był archaiczny pogląd, iż wyłącznie oficerowie są ludźmi honorowymi i tylko na ich słowie można polegać³³. Anglicy określali oficerów słowem *gentleman*. W tamtych czasach w armii brytyjskiej nie było możliwości przejścia z korpusu podoficerskiego do oficerskiego, który był domeną ludzi „dobrze urodzonych”. Natomiast w armii napoleońskiej awans taki był jak najbardziej możliwy³⁴. Na uwagę zasługuje fakt, iż Brytyjczycy traktowali wszystkich oficerów francuskich w jednaki sposób nie zwracając uwagi na ich społeczną proveniencję.

W rezultacie takiego podziału oficerowie korzystali w niewoli z wielu udogodnień. Po podpisaniu honorowego zobowiązania (parol), że nie opuszczą wyznaczonego im miejsca pobytu, mogli mieszkać w prywatnych kwaterach z żonami i dziećmi³⁵. Nie mogli ich jednak opuszczać po godzinie dwudziestej latem i siedemnastej zimą³⁶.

Oficerowie od stopnia kapitana wzwyż mogli mieć swoich ordynansów. Ponadto otrzymywali od rządu brytyjskiego żołd tygodniowy w wysokości 8 szylingów i 9 pensów dla oficerów do stopnia porucznika oraz 10 szylingów

³² Do dnia dziś nie udało się dokładnie ustalić, kiedy Brytyjczycy rozpoczęli proceder rozmieszczania jeńców wojennych na tego typu jednostkach. Prawdopodobnie nastąpiło to w 1776 r., w czasie amerykańskiej wojny o niepodległość. Wówczas Parlament Brytyjski, pragnąc rozładować przepełnione więzienia oraz zmniejszyć koszty przetrzymywania jeńców wojennych, wprowadził akt prawny nazywany Hulks Act. Pierwsi jeńcy wojenni dostali się pod pokłady okrętów w sierpniu 1776 r. w Nowym Jorku. Zatrzymanymi byli amerykańscy marynarze i kaprowie, których Brytyjczycy uważali za piratów. Następne hulki zaczęto wwozić na Tamizie. W sumie w czasie zmagania amerykańsko-brytyjskich w latach 1775–1783 jeńcy wojenni byli rozmieszczeni na 28 hulkach. Wcześniej osadzano na nich kryminalistów i pospolitych przestępców. Na podstawie: Ł. Niewiński, *Obozy jenieckie w wojnie secesyjnej 1861–1865*, Białystok 2012, s. 32–33.

³³ S. Kirkor, *op.cit.*, s. 19.

³⁴ Np. marszałek André Masséna był synem kupca, Michel Ney – bednarza, natomiast Jean Cannes – stajenne-go.

³⁵ *Ibidem*, s. 20.

³⁶ F. Abell, *Prisoners of War In Britain 1756 to 1815, A Record of Their Lives, Their Romance and Their Sufferings*, London 1914, s. 287. Książka jest dostępna na stronie internetowej <https://archive.org/details/prisonerso-fwarin00abeluoft> (dostęp: 20.06.2014 r.).

i 6 pensów od stopnia kapitana wzwyż. Do tego dochodził zasiłek w wysokości 7 szylingów na utrzymanie żony i dzieci w wieku powyżej jednego roku. Środki te były również wypłacane w systemie tygodniowym. W związku ze wzrostem cen spowodowanych przedłużającą się wojną w 1813 r. pensje podniesiono odpowiednio do 11 szylingów i 8 pensów oraz do 14 szylingów³⁷.

Za pośrednictwem i pod kontrolą nadzoru jenieckiego oficerowie mogli korespondować z rodziną w swoim kraju i otrzymywać stamtąd przekazy pieniężne³⁸. Brytyjskie subwencje wystarczały jedynie na bardzo skromną egzystencję, toteż starano się pozyskać dodatkowe pieniądze sprzedając wykonane przez siebie ozdoby z drzewa, kości, słomy i włosów lub udzielając nauki gry na instrumentach, języków obcych, fechtunku bądź malarstwa.

Za nadzór nad wszystkimi jeńcami wojennymi przebywającymi w Wielkiej Brytanii odpowiadał Zarząd Transportów. Z jego ramienia w każdej miejscowości, w której przebywali jeńcy-oficerowie, znajdował się agent, najczęściej był to były oficer marynarki, do którego obowiązków należało prowadzenie ewidencji oraz spraw finansowych zatrzymanych, jak również przyjmowanie od nich skarg i zażaleń³⁹.

Niestety los jeńców-podoficerów i szeregowych był o wiele gorszy. Co prawda brytyjskie przepisy zakładały zaopatrywanie ich w wystarczającą ilość żywności i odzieży, to jednak realizacja tych przepisów daleka była od doskonałości. Zgodnie z obowiązującymi w tej materii normami jeniec powinien przez pięć dni codziennie otrzymywać: półtora funta chleba, pół funta mięsa wołowego z cebulą lub kapustą, rzepę lub groch, owsiankę i sól. Natomiast pozostałe dwa dni były dniami bezmięsnymi, wtedy dostarczano jeńcom po funcie solonej ryby⁴⁰. W odniesieniu do odzieży i innego zaopatrzenia materiałowego jeniec co półtora roku powinien mieć wymieniony hamak, odzież i bieliznę⁴¹. Jednak ze względu na nieuczciwość urzędników, dostawców i nadzorców dochodziło do nadużyć przy dostarczaniu i rozdziale tych środków.

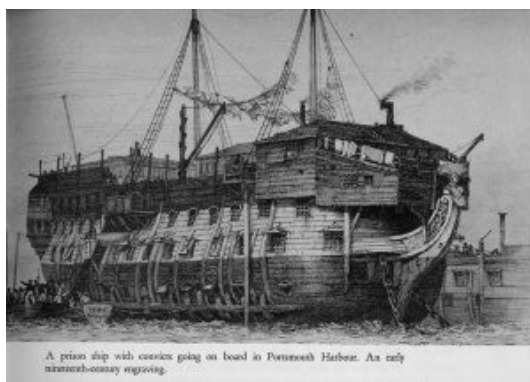
³⁷ *Ibidem*, s. 288. Aktualnie, zgodnie z art. 60 III Konwencji Genewskiej z 1949 r. o traktowaniu jeńców wojennych, mocarstwo zatrzymujące jest zobowiązane wypłacać wszystkim jeńcom wojennym zaliczki na żołd miesięczny w wysokości ustalonej drogą wymiany na walutę tego mocarstwa następujących kwot: Kategoria I – jeńcy poniżej stopnia sierżanta – 8 franków szwajcarskich; Kategoria II – sierżanci i inni podoficerowie, lub jeńcy stopni równorzędnych – 12 franków szwajcarskich; Kategoria III – oficerowie do stopnia kapitana lub jeńcy wojenni stopni równorzędnych – 50 franków szwajcarskich; Kategoria IV – majorzy, podpułkownicy, pułkownicy lub jeńcy równorzędnych stopni – 60 franków szwajcarskich; Kategoria V – generałowie lub jeńcy stopni równorzędnych – 75 franków szwajcarskich. Dz.U. z 1956 r., Nr 36, poz. 175.

³⁸ F. Abell, *op.cit.*, s. 288.

³⁹ *Ibidem*, s. 293.

⁴⁰ S. Kirkor, *op.cit.*, s. 22.

⁴¹ *Ibidem*.



Rysunek 1: Statek jeniecki w porcie Portsmouth. Źródło:
<http://www.nickmessinger.co.uk/worcester.html> (dostęp: 02.08.2014 r.)

Jednakże największym problemem z jakim wówczas musiały się zmierzyć władze brytyjskie było zakwaterowanie ogromnej masy jeńców⁴². Wobec niewielkiej ilości obiektów lądowych⁴³ przystosowanych do tego celu, jeńców umieszczano na hulkach więziennych. Większość z nich była starymi okrętami wojennymi różnych rang,⁴⁴ słupami⁴⁵ lub okrętami transportowymi, najczęściej zdobycznymi, z których usuwano uzbrojenie oraz osprzęt koniecz-

⁴² Antoine Vanner w swoim artykule *Lonely Lives and Deaths – French Napoleonic Prisoners of War in Britain* podaje, że w latach 1793–1815 było ich ponad 100 tys. <http://englishhistoryauthors.blogspot.com/2013/06/lonely-lives-and-deaths-french.html>. (dostęp: 28.06.2014 r.).

⁴³ Należały do nich więzienia: Millbay w Plymouth, Forton koło Portsmouth, Stapelton niedaleko Bristolu, Normann Cross, zamek Porchester Castle, Dartmoor, Valleyfield opodal Edynburga oraz więzienie w Perth. S. Kirkor, *op.cit.*, s. 24–27.

⁴⁴ W epoce napoleońskiej obowiązywał system klasyfikacji Royal Navy pochodzący jeszcze z 1677 r. Wówczas Samuel Pepys – urzędnik Admiralicji Brytyjskiej – wprowadził podział okrętów na rangi. Porządek ten, zaktualizowany w XVIII i XIX w., obowiązywał do pojawienia się pierwszych jednostek poruszanych za pomocą urządzeń mechanicznych. Generalnie wyróżniano VI rang okrętów. Ranga I – okręty o wyporności powyżej 2500 ton, uzbrojenie – 100–120 dział, rozmieszczonych na trzech pokładach działowych. Załoga liczyła od 850 do ponad 1000 osób. Ranga II – okręty o wyporności ok. 2000 ton, uzbrojenie – 90–99 dział, rozmieszczonych na trzech pokładach działowych. Załoga – 750 osób. Ranga III – okręty o wyporności 1300–2000 ton, uzbrojenie – 64–80 dział rozmieszczonych na trzech pokładach działowych. Załoga – od 490 do 720 osób. Ranga IV – okręty o wyporności 1100 ton, uzbrojenie – 46–80 dział na dwóch pokładach działowych. Załoga – ok. 350 osób. Ranga V – okręty o wyporności 700–900 ton, uzbrojenie – 32–44 działa na jednym pokładzie działowym. Załoga – 215–320 ludzi. Ranga VI – okręty o wyporności 550–650 ton, uzbrojenie – 20–28 dział na jednym pokładzie działowym. Załoga – 160–200 osób. B. Lavery, *Ships of the Line Volume I: Development of the Battlefleet 1650–1850*, Annapolis 1986; *Wielka encyklopedia PWN*, pod red. nauk. J. Wojnowskiego, t. 10, Warszawa 2004, s. 195.

⁴⁵ Słup (ang. *sloop*) był niewielkim okrętem żaglowym, zazwyczaj trzymasztowym, uzbrojonym w 14–18 dział niewielkiego wagomiaru w baterii burtowej ustawionej na górnym, odkrytym pokładzie. Okręty te znajdowały się poza klasyfikacją wprowadzoną przez Royal Navy – W.A. McEwen, A.H. Lewis, *Encyclopedia of Nautical Knowledge*, Cambridge–Maryland 1953, s. 511. Szerzej: J. Batchelor, Ch. Chant, *Encyklopedia statków żaglowych od 2000 r. p.n.e do 2007 r. n.e.*, Warszawa 2007.

ny do żeglowania, a pozostawiano żurawie masztowe niezbędne do wciągania na pokład wszelkiego rodzaju zapasów⁴⁶.



Rysunek 2: E. Tucker, Strażnicy płynący na statek jeniecki zacumowany w porcie Deptford.

Źródło: <http://www.myancestorsstory.com/my-story.html> (dostęp: 02.08.2014 r.)

Hulki były zakotwiczone w zatokach portów Woolwich, Deptford, Chatham, Plymouth i Portsmouth. Zgodnie z przyjętymi w tym zakresie standardami jeńców umieszczano na dolnych pokładach, gdzie rozkładano hamaki, natomiast na górnym pokładzie urządzano kuchnie, pomieszczenia dla straży oraz spacerniaki⁴⁷. Komunikacja z lądem odbywała się wyłącznie za pomocą łodzi. Na pontonach przeciętnej wielkości, na których byłoby miejsce według przyjętych norm dla 400 więźniów kryminalnych, umieszczano dwa, a nawet trzy razy tyle jeńców wojennych⁴⁸.

Tabela 1: Wykaz największych brytyjskich hulków, na których przetrzymywano jeńców wojennych w latach 1799–1815. Źródło: Louis Garneray, *The Floating Prison: The Remarkable Account of Nine Years' Captivity on the British Prison Hulks During the Napoleonic Wars*, Conway Maritime Press 2012.

Nazwa hulku	Lata funkcjonowania	Miejsce zakotwiczenia	Charakterystyka jednostki
HMS <i>Chatham</i>	1793–1805	Plymouth	Okręt IV rangi, zwodowany w 1758 r. Uzbrojony w 50 dział. W latach 1773–1805 pełnił funkcję statku-więzienia, a od 1805 r. pływającego magazynu prochu strzelniczego (<i>powder hulk</i>). W 1810 r. zmieniono nazwę na <i>Tilbury</i> . Skreślony ze stanu Royal Navy w 1814 r.
HMS <i>Pegase</i>	1794–1810	Portsmouth	Liniowy okręt MW Francji. Zwodowany

⁴⁶ Obok hulków istniały jeszcze statki przeznaczone do transportu skazanych przestępców (*convict ships*), którzy zgodnie z wyrokiem karę mieli odbywać w zamorskich posiadłościach Wielkiej Brytanii.

⁴⁷ S. Kirkor, *op.cit.*, s. 24.

⁴⁸ Ibidem.

Nazwa hulku	Lata funkcyjowania	Miejsce zakotwiczenia	Charakterystyka jednostki
			w 1781 r. Uzbrojony w 74 działa. Zajęty w 1782 r. przez kapitana Johna Jervis'a i odsprzedany Royal Navy; sklasyfikowany jako okręt III rangi. Od 1794 r. pełnił funkcję statku-więzienia, a następnie, od 1801 r., okrętu szpitalnego dla jeńców wojennych. Wycofany ze służby w 1815 r.
HMS <i>Prothee</i>	1795–1815	Portsmouth	Okręt liniowy MW Francji zwodowany w 1772 r. Uzbrojony w 64 działa. Zajęty przez Royal Navy w 1780 r. W 1795 r. przebudowany na statek-więzienie. Funkcję tę pełnił aż do jego kasacji w 1815 r.
HMS <i>Fortitude</i>	1795- 1820	Chatham	Okręt III rangi zwodowany w 1780 r. Uzbrojony w 74 działa. W 1795 r. przebudowany na statek-więzienie. Wycofany ze służby w 1820 r.
HMS <i>Captivity</i>	1796–1816	Gosport Devonport	Okręt III rangi zwodowany w 1772 r. Pierwotnie nosił nazwę HMS <i>Monmouth</i> . W czasie służby czynnej był uzbrojony w 64 działa. W 1796 r., po wycofaniu z linii i przebudowie na statek-więzienie, zmieniono nazwę jednostki na HMS <i>Captivity</i> . Wycofany ze służby w 1816 r.
HMS <i>Crown</i>	1798–1802 1806–1815	Portsmouth	Okręt III rangi zwodowany w 1782 r. Przebudowany na statek-więzienie w 1798 r. W latach 1802–1806 pełnił funkcję pływającego magazynu prochu strzelniczego. W 1806 r. ponownie przekształcony w statek-więzienie. Wycofany ze służby w 1816 r.
HMS <i>Laurel</i>	1798–1821	Portsmouth	Okręt MW Holandii zwodowany w 1786 r. jako <i>Sireene</i> , uzbrojony w 18 dział. Zajęty w 1796 r. przez Brytyjczyków, którzy zmienili nazwę na HMS <i>Daphne</i> . W 1798 r. został przekształcony w statek kartelowy o nazwie HMS <i>Laurel</i> . Sprzedany przez Royal Navy w 1821 r.
HMS <i>Prudent</i>	1779- 1814	Woolwich	Okręt IV rangi zwodowany w 1768 r. Uzbrojony w 64 działa. Przebudowany na statek-więzienie w 1779 r. Sprzedany przez Royal Navy w 1814 r.
HMS <i>Portland</i>	1802–1817	Langstone Harbour	Okręt IV rangi zwodowany w 1770 r. Uzbrojony w 50 dział. W 1800 r. przebudowany na okręt zaopatrzeniowy posiadający 10 dział, a w 1802 r. na statek-więzienie. Sprzedany

Nazwa hulku	Lata funkcyjowania	Miejsce zakotwiczenia	Charakterystyka jednostki
			przez Royal Navy w 1817 r.
HMS <i>Savage</i>	1804–1815	Woolwich	Okręt zwodowany w 1778 r. jako 14 działowy słup. W 1804 r. przebudowany na statek-więzienie. Sprzedany przez Royal Navy w 1815 r.
HMS <i>Antiqua</i>	1804–1816		Okręt MW Francji zwodowany w 1779 r., uzbrojony w 36 dział. Pływał pod nazwą <i>Egyptienne</i> . Zajęty przez Brytyjczyków w 1804 r. i przebudowany na statek-więzienie. Funkcję tę pełnił do 1816 r., kiedy został wycofany ze służby.
HMS <i>Hector</i>	1808–1816	Sheerness	Okręt III rangi zwodowany w 1774 r. Uzbrojony w 74 działa. W 1808 r. przebudowany na statek-więzienie. W 1816 r. został wycofany ze służby.
HMS <i>Vengeance</i>	1808–1816	Portsmouth	Okręt III rangi zwodowany w 1774 r. Uzbrojony w 74 działa. W 1808 r. przebudowany na statek-więzienie. W 1816 r. wycofany ze służby.
HMS <i>Glory</i>	1809–1814	Bermudy	Okręt II rangi zwodowany w 1788 r. Uzbrojony w 90 dział. Był okrętem flagowym kontradmirała sir Charlesa Stirlinga. Przebudowany na statek-więzienie w 1809 r., a na pływający magazyn prochu strzelniczego w 1814 r. Wycofany ze służby w 1825 r.
HMS <i>Oiseau</i>	1810–1816	Portsmouth	Okręt MW Francji zwodowany w 1781 r. jako <i>Cleopatre</i> . Uzbrojony w 36 dział. Zajęty przez Brytyjczyków w 1793 r. Zmieniono wówczas jego nazwę na HMS <i>Oiseau</i> i nadano mu V rangę. W 1810 r. przebudowany na statek-więzienie. W 1816 r. został sprzedany przez Royal Navy.
HMS <i>Canada</i>	1810–1834	Chatham	Okręt III rangi zwodowany w 1765 r. Uzbrojony w 74 działa. Przebudowany na statek-więzienie w 1810 r. Wycofany ze służby w 1834 r.
HMS <i>Tamerraire</i>	1812–1815	Hobart	Okręt II rangi zwodowany w 1798 r. Uzbrojony w 98 dział. W 1812 r. przebudowany na statek-więzienie. Funkcję tę pełnił do 1815 r. Następnie służył jako pływający koszarowiec. Wycofany ze służby w 1838 r.
HMS <i>Justitia</i>	1812–1830	Sheerness	Okręt MW Holandii, uzbrojony w 64 działa.

Nazwa hulku	Lata funkcyjowania	Miejsce zakotwiczenia	Charakterystyka jednostki
			Zajęty przez Brytyjczyków w 1796 r. Royal Navy zakwalifikowała go do III rangi okrętów i zmieniła nazwę na HMS <i>Zealand</i> . W 1812 r. w czasie przebudowany na statek więzienny powrócono do pierwotnej nazwy <i>Justitia</i> . Funkcję więzienną pełnił do 1830 r., kiedy to Royal Navy zdecydowała o jego sprzedaży.
HMS <i>Defiance</i>	1813–1817	Chatham	Okręt III rangi zwodowany w 1783 r. Uzbrojony w 74 dział. W 1813 r. przebudowany na statek-więzienie. W 1817 r. został wycofany ze służby.
HMS <i>Belliqueux</i>	1814–1816	Sheerness	Okręt III rangi zwodowany w 1780 r. Uzbrojony w 64 dział. W 1814 r. przebudowany na statek więzienie. Funkcję tę pełnił do 1816 r., kiedy został wycofany ze służby.
HMS <i>Retribution</i>	1814–1835	Woolwich Sheerness	Okręt III rangi zwodowany w 1799 r. jako HMS <i>Edgar</i> . Uzbrojony w 74 dział. Po przebudowie na statek-więzienie w 1814 r. zmieniono jego nazwę na HMS <i>Retribution</i> . Okręt wycofano ze służby w 1835 r.
HMS <i>Goree</i>	1814–1817	Bermudy	Ślup zwodowany w 1794 r. Uzbrojony w 16 dział. Zajęty przez Francuzów w 1806 r., zmieniono wówczas jego nazwę na <i>Favorite</i> . Okręt wrócił do swojej pierwotnej nazwy w 1807 r., kiedy został odbity przez jednostki brytyjskie. Przebudowany na statek-więzienie w 1814 r. Funkcję tę pełnił do 1817 r., kiedy został skreślony ze stanu Royal Navy.
HMS <i>Success</i>	1814- 1820	Halifax	Okręt V rangi zwodowany w 1781 r. Uzbrojony w 32 dział. Przebudowany na statek-więzienie w 1814 r. Funkcję tę pełnił do 1820 r., kiedy został skreślony ze stanu Royal Navy.
HMS <i>Bellerophon</i>	1815–1824	Sheerness	Okręt III rangi zwodowany w 1786 r. Uzbrojony w 74 dział. Przebudowany na statek-więzienie w 1815 r. Funkcję tę pełnił do 1824 r. W tym roku zmieniono jego nazwę na <i>Captivity</i> i przydzielono inny zakres zadań. Skreślony ze stanu Royal Navy w 1836 r.

Zarobaczenie i zaszczurzenie pomieszczeń oraz panujący w nich ogromny smród i zaduch powodowały, że pobyt tam był nie do zniesienia. Następstwem tego były częste wybuchy epidemii tyfusu i dezynterii. Louis Garne-

ray's w swojej książce *The Floating Prison* podaje, że śmiertelność wśród jeńców spowodowana chorobami wynosiła od 5 do 8%⁴⁹. Epidemiom starano się zaradzić wydzielając kajuty dla chorych, a w późniejszym czasie wprowadzając również hulki szpitalne.⁵⁰ Sami Brytyjczycy przyznawali, iż hulki były „piekłem na wodzie”⁵¹. Niektóre hulki, po zakończeniu swojej niechlubnej roli, przekształcano w jednostki zaopatrzeniowe,⁵² pływające magazyny prochu strzelniczego,⁵³ pływające koszary,⁵⁴ sprzedawano prywatnym armatorom bądź kasowano.

W 1814 r. na pięćdziesięciu brytyjskich pontonach przebywało 35 tys. jeńców⁵⁵. Komendantem pływającego obozu jenieckiego był najczęściej były oficer marynarki, natomiast dowódcą straży oficer armii lądowej. Taki podział władzy doprowadzał między nimi do antagonizmów⁵⁶. Niemniej jednak los jeńców zależał w dużej mierze od charakteru i uczciwości komendanta. Zdarzały się przypadki nadużyć i to zarówno ze strony komendantów, jak i dowódców straży, którzy pragnęli wzbogacić się kosztem jeńców.

Niezwykle ciężkie warunki bytowe powodowały, że jeńcy wojenni podejmowali próby uciezek. W przypadku ucieczki nieudanej jeniec był wrzucany do ciemnego lochu na dnie hulku, który pełnił rolę „izolatki”. Za popełnienie drobniejszych wykroczeń stosowano lżejsze kary, jak na przykład zmniejszenie racji żywnościowych oraz przesunięcie w kolejce do wymiany jenieckiej⁵⁷.

Pomimo tak nędznej egzystencji jeńcy starali się zorganizować sobie życie w niewoli. Prowadzono kursy nauki języków obcych, matematyki, łaciny, rysunków, muzyki i szermierki. Analfabetów uczono pisać i czytać, organizo-

⁴⁹ L. Garneray, R. Rose, *The Floating Prison: The Remarkable Account of nine Years' Captivity on the British Prison Hulks During the Napoleonic Wars*, Conway Maritime Press 2003, s. 158. Niektórzy historycy podają, iż w latach 1803–1814 z powodu zaniedbań, głodu i chorób zakaźnych na hulkach zmarło ok. 13 tys. jeńców. <http://www.urbanghostmedia.com/2012/02/incredible-hulks-the-fearsome-prison-ships-of-the-former-british-empire/> (dostęp: 20.06.2014 r.).

⁵⁰ Więźniowie kryminalni mieli jeszcze gorsze warunki bytowe. Śmiertelność wśród nich dochodziła do 30%. Spowodowane to było m.in. brakiem wydzielonych pomieszczeń dla skazańców chorych na choroby zakaźne oraz podawaniem nieświeżej żywności. <http://www.portcities.org.uk/london/server/show/ConNarrative.56/chapterId/429/Prison-hulks-on-the-River-Thames.html> (dostęp: 20.06.2014 r.).

⁵¹ F. Abell, *op.cit.*, s. 38.

⁵² Okręt zaopatrzeniowy (ang. *storeship*) dostarczający wszelkiego rodzaju materiały innym okrętom i garnizonom.

⁵³ Statki tego typu (ang. *powder hulk*) przeznaczone były do przechowywania prochu strzelniczego i dostarczania go w razie potrzeb okrętom bojowym i załogom fortów. Z uwagi na niebezpieczeństwo przypadkowego wybuchu i zniszczenia instalacji brzegowych były zakotwiczone z dala od portów.

⁵⁴ Ang. *receiving ship* – okręty tego typu pełniły funkcję pływających koszar dla nowo wcielonych marynarzy. Przebywali oni na takiej jednostce do chwili przydzielenia ich na inne okręty Royal Navy.

⁵⁵ F. Abell, *op.cit.*, s. 118.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 29.

wano teatry. Jeńcy tworzyli również samorządy i sądy z wyboru. Z reguły na ich czele stał mistrz szermierki⁵⁸.

Informacje o ciężkim losie jeńców francuskich niepokoiły Napoleona. Na jego polecenie wysłano notę protestacyjną do Zarządu Transportów w Londynie grożąc, że będzie postępował podobnie z jeńcami angielskimi. Ponadto nakazał sprawdzać stan zdrowia wszystkich jeńców odsyłanych do Francji. Jednak groźby swojej nie wprowadził w życie⁵⁹. Sprawą traktowania jeńców wojennych zaniepokojona była także brytyjska opinia publiczna, która obawiała się francuskich represaliów w stosunku do zatrzymanych żołnierzy i marynarzy brytyjskich⁶⁰. Mimo że część badaczy tamtego okresu uważa, iż warunki na hulkach nie były aż tak tragiczne, a swoją złą sławę zawdzięczają jedynie stronnictwym relacjom francuskich i amerykańskich jeńców, to faktem jest, iż Brytyjczycy stosunkowo często przeprowadzali inspekcje hulków i regularnie rozpatrywali skargi umieszczonych na nich jeńców, konfrontując ich treści z rzeczywistością⁶¹. Przez dziesiątki lat temat hulków jenieckich był płamą na honorze Wielkiej Brytanii.

Systematycznie rosnąca liczba jeńców wojennych zmusiła władze brytyjskie do rozbudowy istniejących więzień lądowych oraz budowę nowych. Najgorszą sławą cieszył się obóz w Dartmoor wybudowany w latach 1805–1809 na bagnistym i nieustannie zamglonym pustkowiu niecałe 30 km na północ od Plymouth. Początkowo w jego skład wchodziło pięć pojedynczych zbudowanych z kamienia baraków. Każdy z nich mógł pomieścić ok. 1500 jeńców. Baraki te były otoczone murem z basztami. Poza tą pierwszą linią murów znajdowały się baraki dla ochrony, barak szpitalny, sklepy prywatnych dostawców oraz budynek dla oficerów, którzy nie zgodzili się na parol. Całość otoczono drugą linią murów o długości ponad 1,5 km i wysokości dochodzącej do 5 m. Na murze znajdowały się platformy strażnicze wyposażone w armaty. Odległość pomiędzy pierwszą a drugą linią murów wynosiła ok. 9 m. W przestrzeni tej był zamontowany system połączonych dzwonek, który można by nazwać ówczesnym systemem alarmowym. Poruszenie jednego z nich powodowało uruchomienie następnych, które w sumie wytwarzały przerażający hałas. Obóz od muru wewnętrznego oddzielała palisada z metalowych pali, która miała zapobiegać zbyt bliskim kontaktom jeńców ze strażnikami. Do wnętrza obozu biegła tylko jedna brama⁶². Francuzi byli pierwszymi jeńcami w Dartmoor. Ich transport w liczbie 2500 przybył

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 26.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*, s. 38.

⁶² Na podstawie: Ł. Niwiński, *op.cit.*, s. 53.

24 maja 1809 r. Od 2 kwietnia 1813 r. umieszczano tam również jeńców amerykańskich⁶³. Jednak do końca epoki napoleońskiej to właśnie Francuzi stanowili większość społeczności jenieckiej. Część jeńców dorabiała sobie pracując jako kucharze, szewcy, fryzjerzy i sanitariusze. Największą uciążliwością dla osadzonych tam żołnierzy był brak zajęcia oraz fatalna deszczowa pogoda. Jeńcom nie dostarczano ciepłej odzieży i nie pozwalano na prowadzenie korespondencji. Oficerowie brytyjscy stosunkowo często przeprowadzali wśród jeńców rekrutację do swojej floty otrzymując za każdego nowego rekruta premię pieniężną.

Osoby zmarłe w obozie gromadzono w specjalnym baraku nazywanym *Dead house*. Zwłoki poddawano autopsji w celu poznania przyczyny zgonu. Wcześniej pozbawiano je ubrania, które stawało się własnością rządu brytyjskiego. Następnie ciała umieszczano w prostych drewnianych trumnach, które wynoszono hurtowo poza mury obozu i zakopywano bezceremonialnie w zbiorowych mogiłach⁶⁴.

Jeńcy wojenni mogli stać się ponownie ludźmi wolnymi w dwóch przypadkach: kiedy zdecydowali się na ucieczkę i ucieczka ta była udana oraz kiedy zostali wymienieni na jeńców strony przeciwnej.

W epoce napoleońskiej ucieczki były zjawiskiem powszechnym. Dotyczyło to w szczególności oficerów, którzy korzystali z parolu. W latach 1803–1811 zbiegło z niewoli brytyjskiej 1159 oficerów francuskich. W tym samym okresie z niewoli francuskiej zbiegło 770 oficerów angielskich, hiszpańskich, hanowerskich i portugalskich⁶⁵. W opinii Brytyjczyków jeńcy francuscy inaczej traktowali swoje słowo honoru niż oficerowie angielscy, według których ucieczka była czynem niehonorowym. W przypadku ujęcia oficera-uciekinięra tracił on na kilka miesięcy przywilej odmiennego traktowania, po czym wracał do warunków przetrzymywania na słowo. Przez okres utraty przywilejów umieszczano go w więzieniu lub na hulku razem z żołnierzami, gdzie żył w takich samych jak oni warunkach. Dopiero w późniejszych latach tworzone dla oficerów osobne oddziały więzienne i hulki. We wszystkich powyższych miejscach odosobnienia utrzymywała się w stosunku do oficerów dyscyplina wojskowa i żołnierze sił własnych byli zobowiązani do oddawania im honorów wojskowych⁶⁶.

Druga z możliwości odzyskania wolności – wymiana jeńców – była realizowana w oparciu o odmienne uwarunkowania w odniesieniu do oficerów i pozostałych żołnierzy. Oficerów uznanych za niezdolnych do pełnienia dal-

⁶³ Były to ofiary wojny amerykańsko-brytyjskiej toczonej w latach 1812–1815.

⁶⁴ Cyt. za L. Niwińskim, *op.cit.*, s. 56–57.

⁶⁵ M. Fleming, *Jeńcy wojenni...*, s. 213.

⁶⁶ S. Kirkor, *op.cit.*, s. 28–29.

szej służby wojskowej na skutek ran bądź przewlekłej choroby odsyłano do Francji pod warunkiem, iż zobowiążą się, że nie będą w przyszłości walczyli przeciwko Wielkiej Brytanii. Kiedy takie zobowiązanie zostało złożone, oficerów wyposażano w specjalne paszporty i kierowano do portu w Alresford, gdzie oczekiwali na transport do Normandii⁶⁷. Oficerowie zdrowi, których zwalniano „na słowo”, otrzymywali *Certificate of Exchange* i musieli podpisać zobowiązanie, że zostanie odesłany do Wielkiej Brytanii jeńiec brytyjski podobnej rangi bądź on sam wróci do niewoli w określonym czasie⁶⁸. Stosowano również inny system wymiany. Na przykład za jednego kapitana odsyłano sześciu marynarzy. Brytyjczycy twierdzili, iż Francuzi nie dotrzymywali wcześniejszych zobowiązań i liczba zwolnionych jeńców angielskich była niższa niż francuskich, w związku z powyższym wstrzymano zwalnianie oficerów tym sposobem⁶⁹. Natomiast jeńcy-nieoficerowie byli wymieniani jeden za jednego. Jeńców francuskich przeznaczonych na wymianę przewożono do Francji na pokładach statków kartelowych⁷⁰ odchodzących najczęściej z portu w Falmuouth. Kapitanom tych jednostek płacono 10 szylingów i 6 pensów za ich transport i wyżywienie⁷¹.

Na nieco innych warunkach prowadzono wymianę jeńców ze stroną amerykańską. Obie strony, nauczone doświadczeniem wojny o niepodległość USA, do sprawy jeńców wojennych przywiązali istotną wagę. 12 maja 1812 r. uzgodniono w Waszyngtonie kartel wymiany jeńców. Dotyczył on zarówno jeńców zatrzymanych na lądzie, jak i na morzu⁷². Żołnierzy i marynarzy wszystkich stopni można było wymienić na równych im rangą oraz dodatkowo za odpowiednią liczbę szeregowych. Naczelný dowódca lub admirał mógł być wymieniony za 60 szeregowców, wiceadmirał lub generał porucznik za 40, kontradmirał lub generał major za 30, komandor lub generał brygady za 20, kapitan okrętu liniowego lub pułkownik za 15, kapitan fregaty lub podpułkownik za 10, dowódca szlupu wojennego i pomniejszych okrętów lub major za 8, kapitan, porucznik lub bosman za 6, podporucznik lub starszy mat za 4, kandydat na oficera marynarki wojennej, oficer z upoważnienia, bosman statku kupieckiego lub kapitan prywatnego uzbrojonego statku za 3, porucznik i mat prywatnego uzbrojonego statku, mat statku ku-

⁶⁷ *Ibidem*, s. 33–34.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ F. Abell, *op.cit.*, s. 377.

⁷⁰ Statek kartelowy – jednostka wykorzystywana w celach humanitarnych, głównie do przewozu jeńców wojennych. Ich działalność jest określona wcześniejszymi ustaleniami pomiędzy walczącymi stronami. Aktualnie, zgodnie z przepisami prawa międzynarodowego, zaatakowanie statku kartelowego, jako obiektu nie będącego celem wojskowym, jest zbrodnią wojenną.

⁷¹ F. Abell, *op.cit.*, s. 281.

⁷² Ł. Niwiński, *op.cit.*, s. 46.

pieckiego oraz wszyscy pomniejsi oficerowie okrętów wojennych lub podoficerowie wojsk lądowych za 2, marynarze i szeregowi żołnierze 1 za 1⁷³.

Z kolei wszystkie osoby towarzyszące siłom zbrojnym, a nie będące combatantami, miały być natychmiast zwolnione i nie podlegały wymianie. Zgodnie z ustaleniami strona zatrzymująca miała ich odesłać na ich koszt do miejsc, z których rozpoczęły podróże⁷⁴.

20 listopada 1815 r. został podpisany drugi pokój paryski. Wraz z nim zakończyła się trwająca szesnaście lat epoka napoleońska. Francja została zmuszona do zapłacenia 700 mln franków kontrybucji wojennych. Powróciła reakcja polityczna, która rozpętała biały terror w stosunku do republikanów, bonapartystów i protestantów. Wszelkimi sposobami próbowano przywrócić rolę Kościoła Katolickiego i arystokracji. Sytuacja polityczna i społeczna unormowała się dopiero w 1818 r., kiedy na czele rządu stanął umiarkowany rojalista Armand-Emmanuel du Plessis, książę Richelieu. Przypuszcza się, że do tego czasu Brytyjczycy zwolnili już wszystkich przetrzymywanych przez nich francuskich jeńców epoki napoleońskiej.

3. Podsumowanie

Na przestrzeni wieków jeńcy wojenni pozbawieni byli fundamentalnych praw ludzkich. Traktowano ich jako łupy wojenne, którymi handlowano, okaleczano lub mordowano. Niezwykle rzadko pozwalano im wrócić do swoich rodzinnych stron bez jakiegokolwiek formy okupu. Sytuacja ta była w większości niezależna od obowiązujących doktryn politycznych i nakazów religijnych, nierzadko przepełnionych ideą humanitaryzmu. Istotne zmiany w podejściu do problematyki traktowania jeńców wojennych pojawiły się pod koniec XVIII w. Wówczas to w dekretach francuskiego Zgromadzenia Narodowego oraz w traktatach zawieranych przez to państwo pojawiły się zapisy dotyczące humanitarnego traktowania jeńców wojennych. Kiedy Europę ogarnęło szaleństwo wojen napoleońskich, ludzkie traktowanie zatrzymanych żołnierzy przeciwnika nabrało szczególnego znaczenia. W rezultacie prowadzenia częstych i krwawych kampanii wojennych życie traciło dziesiątki tysięcy żołnierzy, a ogromne masy combatantów dostawały się do niewoli. Strony biorące udział w zmaganiach wojennych nie były organizacyjnie przygotowane do przetrzymywania olbrzymiej liczby jeńców wojennych. Dotyczyło to zarówno strony francuskiej, jak i koalicji antynapole-

⁷³ *Ibidem*, s. 47.

⁷⁴ Dotyczyło to: kapelanów, personelu medycznego, sekretarzy, oficerów rachunkowych i uczniów marynarskich należących do armii lub floty, personelu medycznego ze statków handlowych i kaperskich, pasażerów i wszystkich mężczyzn, którzy nie uczestniczyli w walkach na lądzie i na morzach, jak również wszystkich kobiet i dzieci poniżej 12 roku życia. *Ibidem*.

ońskiej. W szczególnej mierze borykali się z tym problemem Brytyjczycy. Za nadzór nad wszystkimi jeńcami wojennymi przebywającymi na terytorium tego państwa odpowiadał specjalny organ administracji państwowej – Zarząd Transportów. Wobec niewystarczającej ilości obozów jenieckich umiejscowionych na stałym lądzie, jeńców wojennych – podoficerów i szeregowych żołnierzy – kierowano na wycofane ze służby okręty zwanych hulkami jenieckimi. Była to kontynuacja brytyjskiej praktyki stosowanej w czasie amerykańskiej wojny o niepodległość, ale użyta wówczas na znacznie większą skalę. Przepelnienie oraz panujące tam tragiczne warunki sanitarne powodowały ogromną śmiertelność jeńców wojennych. Niewiele lepsze warunki bytowe istniały w angielskich obozach zlokalizowanych na lądzie. Szczególnie złą sławą cieszył się obóz w Dartmoor. Metody postępowania z jeńcami wojennymi uzależnione były od ich rangi. Oficerowie, po podpisaniu honorowego zobowiązania – parolu, mogli mieszkać wraz z rodzinami w wyznaczonej przez Brytyjczyków miejscowościach otrzymując na utrzymanie niewielki żołd. Praktykowano również wymianę jeńców wojennych stosując zasadę „ilość za jakość”. Natomiast nie zwalniano jeńców wojennych za okupem. Ogromna liczba ofiar wśród jeńców wojennych przetrzymywanych na hulkach spowodowała stopniowe odchodzenie przez Brytyjczyków od tej formy odosobnienia. W przyszłych konfliktach zbrojnych nie stosowano również tak wyraźnej różnicy w traktowaniu jeńców wojennych poszczególnych rang.

WINA BEZ SKRUCHY. JAPOŃSKIE ZBRODNIE WOJENNE I ŚWIĄTYNIA YASUKUNI

FAULT WITHOUT REPENTANCE. JAPANESE WAR CRIMES AND TEMPLE YASUKUNI

Summary

Japan has never made the crimes committed during World War II in China, Malaya, Burma, the Pacific islands and seas, which operated the tsarist fleet, a subject of national expiation but not even a reverie. This problem has become silenced, and sometimes blotted out with content of raising the profile of the suffering of the Japanese civilians and that Japan became the first victim of nuclear weapons. Such an approach is fully reflected in the selection of exhibits in Yasakuni, as well as the way they describe the located in close proximity to the shrine, building holding the *near-the-temple collections*, which is in fact a typical military museum.

keywords: war crimes, World War II in the Far East

Japończycy pojawili się na „militarnym horyzoncie” białego człowieka stosunkowo późno. Można nawet postawić tezę, że dopiero zmagania z Rosją w latach 1904–1905, a zwłaszcza wielkie zwycięstwo morskie pod Cuszimą oraz zdobycie twierdzy Port Artur, wymusiły uznanie Kraju Kwitnącej Wiśni za wschodzące mocarstwo, a nie jeszcze jedno „kolorowe” państewko. Podczas owej pierwszej orężnej konfrontacji z krajem europejskim Japończycy dali się poznać jako przeciwnicy wytrwali, twardzi, niekiedy fanatyczni, ale honorowi. Jeńców traktował poprawnie, a jeżeli zdarzały się odstępstwa od tej reguły, to miały one incydentalny charakter. W stosunku do oficerów rosyjskich z okrętów, które poddały się pod Cuszimą, odnosili się wręcz z wyszukaną kurtuazją, zezwalając im, po uzyskaniu zapewnienia, że nie będą uciekać, na zakwaterowanie w prywatnych pensjonatach. Podobnie traktowani byli żołnierze i cywilni obywatele Niemiec i Austro-Węgier, którzy znaleźli się w rękach japońskich w czasie Wielkiej Wojny¹.

¹ P.A. Towle, *Japanese Treatment of Prisoners in 1904–1905 – Foreign Officer's Reports*, „Military Affairs” 1975, Vol. 39, № 3, s. 115–117; J.L. Tryon, *The Regulation of War*, „The Yale Law Review” 1911, Vol. 20, № 7, s. 540–

Kilkadziesiąt lat później cywilów i żołnierzy, którzy znaleźli się na obszarach operowania Cesarskiej Armii Japońskiej lub dostali się do japońskiej niewoli, czekał znacznie gorszy los – jakby akcje pacyfikacyjne i obozy jeńckie prowadziła zupełnie inna armia, a władzę okupacyjną na zajętych terenach sprawowało zupełnie inne państwo. Pierwsze owej złowróżnej metamorfozy doświadczyły Chiny, a swoistą egzemplifikacją japońskiego okrucieństwa była masakra w Nankinie, choć bez przesady wydarzenia te uznać można jedynie na porażający, ale tylko „wierzchołek góry lodowej”².

Później były Malaje, Birma, Indie Holenderskie, Filipiny. Niewysłowione okrucieństwo – przejawiające się całą gamą zachowań, od głodzenia i wyniszczania niewolniczą pracą jeńców oraz internowanych cywilów, przez obojętność na los całych populacji podbitych obszarów po zbrodniczy sadyzm – towarzyszyło japońskiej armii i marynarce wojennej wszędzie tam, gdzie załopotała flaga ze Wschodzącym Słońcem. Całe morza atramentu wylano, by wyjaśnić naturę owego strasznego fenomenu, ale autorzy – od antropologów poprzez psychologów i specjalistów innych dziedzin na historykach i wojskowych kończąc – nie potrafili znaleźć odpowiedzi. Jedno nie budzi wątpliwości: zmagania prowadzone w czasie drugiej wojny światowej w Azji i na Pacyfiku były bez wątpienia pierwszym rozgrywanym na taką skalę zderzeniem cywilizacji. Przeciwno indywidualistycznemu, judeochrześcijańskiemu Zachodowi powoli – zwłaszcza po hekatombie pierwszej wojny światowej – zbliżającemu się do konstatacji, że wojna jest złem koniecznym, stanęła armia państwa znacznie bardziej kolektywistycznego, zbudowanego na fundamencie szintoizmu, młodego jeśli chodzi o udział w grze międzynarodowej, zaborczego i skłonnego do traktowania siły militarnej jako najważniejszego narzędzia w walce o zapewnienie sobie szacunku i miejsca na Ziemi. Z tego wynikało odmienne pojmowanie fundamentalnych wartości, czego w sposób wyjątkowo dramatyczny doświadczyli ci, którzy znaleźli się w japońskiej mocy. Konstatacja ta w żadnym przypadku nie usprawiedliwia zbrodni cesarskiej armii i floty, ale zmusza do postrzegania wydarzeń w znacznie szerszym kontekście. Nie pomniejszając win zbrodniarzy, trzeba też pamiętać, że Japończycy w równym stopniu co do obcych byli bezwzględni i wymagający wobec siebie³.

542; Ch. Burdick, U. Moessner, *The German Prisoners-of-War in Japan, 1914–1920*, University Press of America, Lanham, MD, 1984.

² Problematykę tę wyczerpująco omawia: J. Polit, *Gorzki triumf. Wojna chińsko-japońska 1937–1945*, Avalon, Kraków 2013. Za wartą uwagi uznać ponadto należy pracę: J.-L. Margolin, *Japonia 1937–1945. Wojna armii cesarza*, Wydawnictwo Akademickie Dialog, Warszawa 2009.

³ Kształtowanie się specyficznego, w znacznej mierze opartego na fundamencie rasistowsko-spiritualnym, japońskiego militarystyki szczegółowo i wnikliwie omawia: E.J. Drea, *Cesarska Armia Japonii 1853–1945*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012.

Wśród tej dzikiej orgii przemocy spadającej na podbite przez cesarstwo obszary znajdowali się ludzie, którzy myśleli i działali, nierzadko podejmując poważne ryzyko, inaczej. Ponieważ jednak w okresie powojennym Japończycy, w odróżnieniu od Niemców, nigdy nie byli zainteresowani upowszechnianiem wiedzy o takich postawach, pozostali oni praktycznie nieznani. Jednym z niewielu, którzy przebili się przez mur niepamięci, jest Mamoru Shinozaki, attaché prasowy konsulatu japońskiego w Singapurze. Mimo że był zaangażowany w działalność wywiadowczą, co doprowadziło do jego aresztowania przez Brytyjczyków, po uwolnieniu przez rodaków uczynił wiele, by poprawić dołę jeńców i internowanych, a także uratował przed egzekucją co najmniej 3 000 członków diaspory chińskiej. Swoje przeżycia opisał w niewielkiej książeczce⁴. Co charakterystyczne, ukazała się ona po raz pierwszy nie w Japonii, lecz w Singapurze w 1975 roku.

Japończycy traktowali alianckich jeńców wojennych wyjątkowo bezwzględnie dopuszczając się masowych mordów i przetrzymując ich w warunkach skutkujących bardzo wysoką śmiertelnością⁵. Takiego postępowania zwycięzców doświadczyli żołnierze wszystkich armii, które zwały się z cesarską armią i flotą, a jednym z lepiej udokumentowanych przypadków zaplanowanej i konsekwentnie przeprowadzonej zbrodni wojennej jest tak zwany bataański marsz śmierci. Po kapitulacji wojsk amerykańsko-filipińskich na półwyspie Bataan 9 kwietnia 1942 r. do japońskiej niewoli trafiło ponad 70 000 żołnierzy. Japończycy postanowili przenieść ich do oddalonego o 160 km obozu O'Donnel w prowincji Nueva Ecija. Jeńców popędzono pieszo, podczas gdy samochodami przewożono kolejne zmiany japońskiej eskorty. Szlak wiódł przez dżunglę, w wysokiej temperaturze, a jeńcy nie otrzymywali wody i pożywienia. Większość z nich zapadła na malarię lub dyzenterię na skutek picia brudnej wody. Chorzy i ranni, którzy nie mogli wytrzymać tempa, byli zabijani przez strażników. Dziewiątego dnia marszu jeńców stłoczono w wagonach filipińskiej kolei i przewieziono do obozu. Podczas przemarszu zostało zabitych lub zmarło na skutek chorób, odniesionych ran oraz wyczerpania około 8 000 Amerykanów i Filipińczyków. Po wojnie, w 1946 roku, odpowiedzialni za tę zbrodnię japońscy oficerowie – w tym gen. Masaharu Homma, dowódca 14. Armii, która dokonała inwazji na Filipiny – zostali postawieni przed trybunałem wojskowym w Manili.

⁴ M. Shinozaki, *Synoan – My Story. The Japanese Occupation of Singapore*, Asia Pacific Press Pte Ltd., Singapore 1975.

⁵ Syntetycznie problematykę tę omawia: Lord Russell of Liverpool, *The Knights of Bushido: A Short History of Japanese War Crimes*, Greenhill Books, London 1958.

Homma i grupa jego najbliższych współpracowników zostali skazani na karę śmierci i powieszeni⁶.

Sztandarowym przykładem japońskiej eksploatacji ludności podbitych terenów oraz jeńców wojennych jest budowa kolei birmańskiej zwanej też „koleją śmierci”. Budowę połączenia kolejowego między Bangkokiem w Syjamie (dzisiejszej Tajlandii) a Rangunem w Birmie planowała już na początku XX wieku brytyjska administracja Birmy, ale ze względu na to, że trasa wiodła przez porośniętą dżunglą góry, uznano przedsięwzięcie za zbyt trudne z inżynierskiego punktu widzenia, a i zbyt kosztowne. W 1942 roku do projektu powrócili Japończycy. Linia o długości 415 km z Ban Pong – przez Przełęcz Trzech Pagod – do Thanbyuzayat miała dla nich zasadnicze znaczenie, gdyż umożliwiała zaopatrywanie wojsk w Birmie z pominięciem drogi morskiej przez cieśninę Malakka i Morze Andamańskie, gdzie transportowcom zagrażały alianckie okręty podwodne. Roboty rozpoczęto 22 czerwca 1942 r. Większość ciężkiego sprzętu pochodziła ze zdobyczy wojennej na Malajach i w Holenderskich Indiach Wschodnich. Z demontażu części malajskiej sieci kolejowej pozyskano szyny i podkłady. W typowy dla administracji okupacyjnej sposób rozwiązano problem siły roboczej – z Malajów, wysp obecnej Indonezji i innych części japońskiego imperium sprowadzono około 180 000 robotników, w znacznej części przymusowych. Wspierało ich 60 000 alianckich jeńców wojennych. Zarówno jedni jak i drudzy podlegali wyjątkowo surowej dyscyplinie. Drakońskie kary w połączeniu z niedożywieniem (problem dotyczył zwłaszcza jeńców), trudnym klimatem, katorżniczą pracą, podczas której mięśnie ludzkie zastępowały ciężki sprzęt, którego Japończycy nie mieli w nadmiarze, brakiem opieki medycznej skutkowały bardzo wysokimi stratami. Pokonując wielkie trudności, posługując się terrorem dla zastraszenia robotników, 17 października 1943 r. zakończono budowę. W jej trakcie zmarło z chorób, zostało zabitych lub zginęło w wypadkach około 90 000 robotników azjatyckich i 16 000 jeńców (w tym 6 318 Brytyjczyków, 2 815 Australijczyków, 2 490 Holendrów, 356 Amerykanów). Tym samym budowę kolei birmańskiej rozpatrywać należy jako popełnioną z pełną premedytacją zbrodnię wojenną⁷. Jeden z etapów budowy – wznoszenie mostu 277 nad rzeką Khwae River – stał się osnową książki Pierre’a Boulle’a *Most na*

⁶ Z bogatej literatury poświęconej temu zagadnieniu polecić można: D. Knox, *Death March: The Survivors of Bataan*, A Harvest Book, Havcourt. Inc., San Diego-New York-London 1981; M. Norman, E.M. Norman, *Tears in the Darkness: The Story of the Bataan Death March and Its Aftermath*, Farrar, Straus and Giroux, New York 2009.

⁷ R.S. LaForte, *Building the Death Railway: The Ordeal of American Pows in Burma, 1942–1945*, Rowman and Littlefield Publishers, Wilmington 1993; P.H. Kratoska, *The Japanese Occupation of Malaya: A Social and Economic History*, University of Hawaii Press, Honolulu 1997; D. Boggett, *The silenced voices of history: Asian workers on the Death Railway*, „Third World Resurgence” 2013, № 278, s. 44–47.

rzece Kwai, która doczekała się głośnej ekranizacji⁸. Kolej birmańska to najlepiej znana, ale bynajmniej niejedyna „krwawa inwestycja” prowadzona przez japońską armię i administrację okupacyjną. W podobny sposób budowano linię kolejową przez przesmyk Kra z Chumphon do Kra Buri czy kolej sumatrzeńską z Pakanbaroe do Moeara. Tam również śmiertelność robotników azjatyckich dochodziła do 25%⁹.

Publikowane w Europie i Stanach Zjednoczonych opisy okrucieństw Japończyków koncentrują się na tragicznym losie jeńców wojennych i internowanej białej ludności cywilnej. Często zapomina się, że na podbitych obszarach Japończycy szczególną (także instytucjonalną) nienawiścią darzyli liczną w całej podbitej południowej Azji mniejszość chińską. Wynikało to między innymi z faktu, że diaspora wspierała różnymi metodami, głównie finansowo, walkę Kuomintangu oraz Komunistycznej Partii Chin. Społeczności chińskie uznane zostały więc za żywioł wrogi, który postanowiono spacyfikować w pierwszej kolejności. Modelowym przykładem jest postawa władz japońskich w podbitym Singapurze. Operacja wymierzona w Chińczyków otrzymała tam kryptonim „Sook Ching”, a kierował nią podpułkownik Tsuji z Kampei Tai (żandarmeria japońskich wojsk lądowych). Pierwszy etap „oczyszczenia” Singapuru z wrogiego elementu polegał na zebraniu 21 lutego 1942 r. w wyznaczonych miejscach wszystkich Chińczyków płci męskiej między osiemnastym a pięćdziesiątym rokiem życia. Do przeprowadzenia tych działań 2. Grupa Kampei Tai została wsparta batalionem regularnej piechoty. Tak zwane punkty rejestracji wyznaczono w Jalan Besar, Arab Street, Tanjong Pagar, w rejonie skrzyżowań Kallang Road i Geylang Road, River Valley i Clemenceau Ave oraz w okolicy Paya Lebar. Część Chińczyków stawiała się dobrowolnie, co z jednej strony wynikało z konfucjańskiego poszanowania wszelkiej władzy, a z drugiej – z nadziei, iż zdołaby zamierzać ogłosić rozporządzenia dotyczące przywrócenia w miarę normalnego funkcjonowania miasta. Tych, którzy usiłowali się uchylać, japońscy żołnierze wypędzali z domów i siłą zapędzali do punktów rejestracji. Zebranych najpierw nakazano wypisać swoje nazwiska. Niektórzy czynili to po chińsku, inni po angielsku, co z kolei było powodem aresztowania, gdyż taki podpis był w oczach kontrwywiadu symbolem probrytyjskich sympatii. Zatrzymano również urzędników brytyjskiej administracji kolonialnej, studentów, a także osoby wytatuowane, które automatycznie uznawano za

⁸ *Most na rzece Kwai* (ang. *The Bridge on the River Kwai*), produkcja amerykańsko-brytyjska z 1957 r., reżyseria David Lean, scenariusz Carl Foreman i Michael Wilson, obsada: William Holden, Alec Guinness, Jack Hawkins, Sessue Hayakawa i inni.

⁹ P.H. Kratoska, *Asian Labor in the Wartime Japanese Empire*, Singapore University Press, Singapore 2006; *The Sumatra „Death Railway”*, http://www.cofepow.org.uk/pages/asia_sumatra3.html (dostęp: 2.10.2014 r.).

członków triad (chińskiej mafii). Podejrzanych o antyjapońskie nastawienie wywożono na plaże w rejonie Punggol oraz Changi i mordowano w masowych egzekucjach. Nigdy nie udało się ustalić dokładnej liczby ofiar tej czystki. Według oficjalnych dokumentów zginęło około 6 000 osób, ale lokalni badacze uważają, że Kampei Tai zamordowała wówczas 25–50 000 Chińczyków. „Jedynym sprawiedliwym” okazał się wspomniany już tłumacz, Mamoru Shinozaki, który jako cywilny doradca władz wojskowych zdołał uratować od śmierci około 3 tys. osób wręczając im certyfikaty lojalności. Podczas operacji „Sook Ching” Japończycy przechwycili listy członków organizacji i stowarzyszeń chińskich, m.in. China Relief Fund (zbierał pieniądze dla Kuomintangu) oraz biorących udział w bitwie o twierdzę formacji ochotniczych Chinese Volunteer Force i Dalforce. Dało to początek nowej fali aresztowań. Opadła ona dopiero wtedy, gdy singapurska społeczność chińska zgodziła się wesprzeć japoński wysiłek wojenny kwotą 50 mln dolarów. Haracz ten zdobywcy określili eufemistycznie „darem”. Ponieważ Chińczycy zdołali zebrać jedynie 25 mln dolarów (nie wystarczyło opodatkowanie każdej chińskiej rodziny w wysokości 8 procent wartości posiadanego majątku), pozostałą część „daru” pożyczono na lichwiarski procent od japońskich banków. Była to jedna z metod wykorzystywanych przez japoński sektor finansowy do ciągnięcia korzyści z podbojów¹⁰.

Japońska administracja wojskowa prowadziła w krajach okupowanych sieć domów publicznych eufemistycznie zwanych „miejscami komfortu”, w których zatrudniano „kobiety komfortu”. Pierwszy taki przybytek powstał w 1932 roku na terenie japońskiej koncesji w Szanghaju i zatrudniał zawodowe prostytutki japońskie. Później domy publiczne powstały w Korei i Mandżurii, a wraz z japońskimi podbojami ich sieć oplotła Malaje, Filipiny, Indonezję. Japońska żandarmeria sprawowała nadzór nad domami publicznymi i często wykorzystywała swe uprawnienia, zmuszając kobiety do nierządu. Porywano je z ulic miast, aresztowano w łapankach, wybierano z obozów dla internowanych. W Korei często uciekano się do oszustwa, oferując kobietom pracę w fabrykach, w charakterze pielęgniarek czy pomocy domowych. Ocenia się, że ofiarą takich działań administracji japońskiej padło około 400 000 kobiet¹¹.

Powyższe przykłady ilustrują zaledwie niewielki fragment zbrodniczej działalności japońskiej armii, marynarki wojennej oraz administracji cywilnej podczas prowadzenia działań zbrojnych oraz na obszarach, które znalazły się pod okupacją cesarską. Jednakże w Japonii, w odróżnieniu od Nie-

¹⁰ *The Sook Ching massacre and War memories of Singapore*, <http://theindependent.sg/blog/2013/12/26/the-sook-ching-massacre-and-war-memories-of-singapore/>, (dostęp: 3.10.2014 r.).

miec, gdzie poczucie winy za popełnione bestialstwa było wspólnym, pokoleniowym doświadczeniem kilkunastu generacji, ekspiacja nigdy nie stała się istotnym procesem społecznym. Kilka jest wyjaśnień owego fenomenu. Przede wszystkim Japonia, choć okupowana, zachowała ciągłość najważniejszej instytucji państwowej, czyli cesarstwa. Chryzantemowy Tron¹² zachwiał się, ale przetrwał, choć cesarz utracił atrybuty boskości. Co więcej Hirochito faktycznie rozgrzeszony został przez Amerykanów (zasadnicze decyzje w tej mirze podejmował osobiście i jednoosobowo wielkorządca Japonii, czyli Naczelný Dowódca Sił Sojuszniczych generał Douglas MacArthur) z udziału w rozpęтaniu wojny i odpowiedzialności za zbrodnie popełniane przez żołnierzy i cywilów pozostających w cesarskiej służbie. Po wtóre Japończycy szybko dokonali niesłuchanie zręcznego procesu socjotechnicznego, przeistaczając się – głównie za sprawą użycia przeciwko Hiroszynie i Nagasaki broni atomowej, ale również z uwagi na hekatombę spowodowaną amerykańskimi bombardowaniami konwencjonalnymi wywołującymi burze ogniowe – z katów w ofiary. To właśnie cierpienia cywilnej ludności wysp, horror szalejących pożarów, a wreszcie rozblysk nuklearnych eksplozji stały się dominującym elementem narracji dotyczącej wojny. Usunięto z niej z resztą nie tylko kwestię zbrodni popełnianych przez Japończyków, ale także – zgodnie z przesłaniem Kodeksu Bushido¹³ – wątek losów japońskich jeńców (i cywilów) w niewoli sowieckiej¹⁴.

¹² Wyprowadzona z herbu cesarskiego, czyli chryzantemy (jap. *kiku*) nazwa japońskiej dynastii panującej. Podkreślić należy, że Chryzantemowy Tron uznawany jest za najstarszą dynastię na świecie. Pierwszy cesarz, Jinmu (wywodzący się wprost od bogini słońca – Amaterasu), objął władzę w 660 r. p.n.e., a wszyscy kolejni panujący uważani są za jego potomków. Obecny cesarz, Akihito, jest 125 władcą Japonii.

¹³ Nawiązujący do Kodeksu Bushido Kodeks Służby Polowej (Senjinkun) z roku 1941 zawierał sformułowanie: „nie dać się wziąć przez nieprzyjaciela żywcem”, co oznaczało obowiązek popełnienia samobójstwa w obliczu groźby dostania się do niewoli. S. Lenaga, *The Pacific War 1931–1945: A Critical Perspective on Japan's Role in World War II*, Pantheon Books, New York 1978.

¹⁴ W ostatnich tygodniach wojny w ręce Sowietów dostało się – według danych Moskwy – 594 000 żołnierzy japońskich, z czego w krótkim czasie zwolniono 70 880. Japońskie szacunki mówią o około 850 000 żołnierzy i cywilów, którzy znaleźli się na zajętych przez Związek Sowiecki obszarach. Jeńcy japońscy byli wykorzystywani jako darmowa siła robocza, na przykład około 200 000 z nich zatrudniono przy pracach remontowo-budowlanych na trasie Kolei Bajkalsko-Amurskiej. Szacuje się, że w niewoli zmarło od 60 do 100 Japończyków. Ostatni jeńcy repatriowani zostali w roku 1956. Dla porównania – w rękach aliantów zachodnich znalazło się do ogłoszenia przez Japonię kapitulacji około 50 000 jeńców.

Wartym zauważenia jest ponadto podejście władz japońskich do orzeczeń Trybunału Tokijskiego¹⁵ i innych sądów¹⁶, przed którymi po zakończeniu wojny rozpatrywano sprawy Japończyków oskarżonych o zbrodnie przeciwko pokojowi i zbrodnie wojenne. Uznają one wyroki wydane podczas procesu tokijskiego i innych, ale nie uznają prawomocności samych trybunałów. Zatem skazani za zbrodnie przeciwko pokojowi i zbrodnie wojenne nie są uznawani za zbrodniarzy wojennych, mimo że wyroki śmierci i kary więzienia są uważane za prawomocne. Wielu autorów wskazuje na tę niespójność jako koronny dowód tego, że Japonia de facto nie chce uznać zbrodni wojennych popełnionych przez cesarskich poddanych¹⁷.

Egzemplifikacją owej swoistej historycznej schizofrenii w bardzo ostry sposób odbijającej się na współczesnych relacjach Japonii z sąsiadami z Azji jest tokijska świątynia Yakusuni. Jest to szintoistyczny¹⁸ chram (cały kompleks świątynny zajmuje powierzchnię 6,25 ha) zbudowany w 1869 roku przez cesarza Meiji (Mitsuhito, 1852–1912) dla upamiętnienia tych wszystkich, którzy stracili życie służąc monarsze (polegli po stronie szogunatu Tokugawów¹⁹ podczas wojny Boshin²⁰ i rebelianci z Satsumy²¹ są z tego grona wyłączeni). Prócz upamiętnienia swych żołnierzy cesarzowi przyświecał

¹⁵ Proces w Tokio prowadzony był przed Międzynarodowym Trybunałem Wojskowym dla Dalekiego Wschodu. Powstał on 19 stycznia 1946 r. Państwami-założycielami były: Australia, Chiny (Republika Chińska), Francja, Holandia, Kanada, Nowa Zelandia, Stany Zjednoczone, Wielka Brytania i Związek Sowiecki. Później do porozumienia dołączyły Indie i Filipiny. Statut Trybunału wyróżniał trzy kategorie zbrodni: klasa A – zbrodnie przeciwko pokojowi, klasa B – zbrodnie wojenne, klasa C – zbrodnie przeciwko ludzkości. Przed Trybunałem osądzono 25 przywódców politycznych i wojskowych, z czego siedmiu skazano na karę śmierci, a 16 na karę dożywotniego więzienia. Por. K. Karski, D. Świętońska, *Proces przed Międzynarodowym Trybunałem Wojskowym dla Dalekiego Wschodu i jego miejsce w świadomości historycznej Japończyków*, „Gdańskie Studia Azji Wschodniej” 2013, Nr 7, s. 7–11.

¹⁶ Brytyjczycy postawili przed sądem (między innymi w Penang i Singapurze) około 1000 Japończyków oskarżonych o zbrodnie wojenne. Na karę śmierci zostało skazanych 237 z osądzonych przez brytyjskie trybunały Japończyków. Wyrok wykonano w przypadku 220 z nich. Na kary więzienia skazano 533. W 296 procesach przed trybunałami w Australii było sądzonych 924 Japończyków, z których 644 uznano za winnych. Spośród tej liczby 148 skazano na śmierć (114 na powieszenie i 34 rozstrzelanie), a 39 na dożywocie. Sądy amerykańskie na śmierć skazały 131 Japończyków, których stracono na Guam i w Manili. Chińskie trybunały skazały 504 Japończyków, z których stracono 149. Holendrzy przeprowadzili 448 procesów zbrodniarzy wojennych. Z 1038 oskarżonych za winnych uznano 969. Spośród tej liczby 236 skazano na śmierć.

¹⁷ M. Felton, *Rzeź na morzu*, Replika, Zakrzewo 2007, s. 210–211.

¹⁸ Szintoizm – religia, bądź jak chcą inni tradycja kulturowa, wywodząca się z animistycznych kultów dawnej Japonii. Nie posiada założyciela ani żadnej świętej księgi. Nazwa wywodzi się z chińskiego terminu *shen tao*, czyli droga bogów. Wyznawcy czczą *kami*, czyli duchy czy też bóstwa obecne w każdym aspekcie natury. Sławią oni świętość całego wszechświata, między innymi gór, rzek, kamieni czy też naturalnych zjawisk. Jest to nie tylko wiara w *kami*, ale także zbiór postaw, idei i przekonań, a także sposobów zachowania, które ukształtowały japońską kulturę. Początki szintoizmu datują się na około 500 lat p.n.e.

¹⁹ Ród, w którym od roku 1603 pozostawał urząd szoguna, czyli faktycznego wojskowego władcy Japonii uznającego jedynie nominalną zwierzchność cesarza. Jego zniesienie w roku 1868 oznaczało pozbawienie Tokugawów władzy.

²⁰ Wojna boshin (wojna roku smoka) – wojna domowa w Japonii trwająca w latach 1868–1869 pomiędzy siłami panującego szogunatu Tokugawów a zwolennikami przywrócenia realnej władzy cesarza.

jeszcze jedno cel – zamierzał on mianowicie wzmocnić szintoizm, który tracił znaczenie na rzecz buddyzmu różnych szkół i uczynić z niego religię narodową – jeszcze jeden czynnik jednoczący Japończyków wokół Chryzantemowego Tronu (w ramach szerszej akcji w całej Japonii zbudowano kilkadziesiąt poświęconych poległym chramów). W miarę japońskiej ekspansji lista konfliktów ulegała wydłużeniu, co skutkowało obejmowaniem przez świątynię Yakasuni opieki nad duszami kolejnych tysięcy poległych – według wierzeń szintoistycznych duchy poległych przebywają w świątyni ciesząc się wiekuistym spokojem i odkupieniem przewin popełnionych za życia.

W istocie, poddając analizie cały świątynny przekaz, trudno nie zauważyć, że Japonia nigdy nie uczyniła zbrodni popełnionych w Chinach, na Malajach, w Birmie, na wyspach Pacyfiku i morzach, na których operowała cesarska flota przedmiotem narodowej nawet nie ekspiacji, ale choćby zadumy. Jak już wcześniej wspomniano problem ten został wyciszony, a z czasem przesłonięty treściami eksponującymi cierpienia japońskiej ludności cywilnej oraz faktem, że Japonia stała się pierwszą ofiarą użycia broni atomowej. Podejście takie w pełni widoczne jest przy wyborze eksponatów, a także sposobie ich opisanie w znajdującym się w bezpośredniej bliskości chramu budynku mieszczącym „zbiory przyświątynne” będące w istocie typowym muzeum wojskowym. Podkreślić przy tym należy, że o ile w państwowych instytucjach muzealnych w Japonii panuje „urzędowy pacyfizm”, to świątynia Yakasuni tej linii politycznej realizować nie musi, gdyż na mocy powołanej konstytucji kult Szinto został oddzielony od państwa – zatem zarządzający chramem i zbiorami kapłani dysponują w zakresie doboru eksponatów i treści pełną swobodą. Podejście takie od wielu dekad cieszy się przy tym pełnym poparciem czynników oficjalnych.

Jest więc świątynia miejscem budzącym nader ambiwalentne odczucia, gdyż oczywistym jest, że za zasłoną szacownej instytucji religijnej schronienie znalazł wyrugowany oficjalnie z życia publicznego przez konstytucyjny pacyfizm duch japońskiego militarysty. „Zbiory przyświątynne” to z jednej strony apologia cierpień narodu japońskiego podczas wojny, z drugiej próba przedstawienia wydarzeń zwanych Wielką Wojną w Azji Wschodniej ze specyficznego, nie akceptowanego poza Japonią punktu widzenia. Uosobieniem pierwszej postawy jest niewątpliwie przejmujący w wyrazie monument „matki Japonki”. Przemawia on tak silnie do emocji, iż niemal można zapomnieć, która to nacja rozpałała płomień wojny w Azji. Jednakże najbardziej szokujący

²¹ Rebelia Satsumy (wojna na południowym zachodzie) – ostatnia i najpoważniejsza rewolta byłych samurajów z prowincji Satsuma reprezentujących upadający system feudalny przeciwko nowemu rządowi cesarza Meiji. Bunt trwał od stycznia do września 1877 roku.

eksponat na pierwszy rzut oka nie budzi żywszych emocji. Ot, lokomotywa. Dokładniej rzecz ujmując – Model C 56 wyprodukowany w 1936 r. w zakładach Nippon Sharyo. Problem jednak w tym, że obsługiwała ona kolej birmańską będącą sztandarowym przykładem japońskiej eksploatacji ludności podbitych terenów oraz jeńców wojennych. O tym jednak z opisu maszyny dowiedzieć się nie można, gdyż Japończycy ograniczyli się do informacji, że do 1977 r. lokomotywa eksploatowana była przez tajskie koleje, a następnie – wysiłkiem weteranów – sprowadzona została do Tokio i ofiarowana świątyni. Jest to jeden z najbardziej dobitnych przykładów braku historycznej wrażliwości i nader skutecznego wyrugowania z publicznej świadomości poczucia winy za lata II wojny światowej. Pomnik upamiętniający pilotów *kamikaze* to już tylko kolejny element doskonale wpisujący w poetykę świątynnego przekazu.

Tabela 1: Wojny, konflikty i incydenty zbrojne, których japońskie ofiary upamiętnione są w świątyni Yakasuni.

Wojna (konflikt)	Czas trwania	Japońskie ofiary (wg danych oficjalnych)
Wojna Boshin i restauracja Meiji (wojna domowa)	1867–1869	7 751
Rebelia Satsumy (wojna domowa)	1877	6 971
Podbój Tajwanu	1874	1 130
Incydent na wyspie Ganghawa (podczas japońskiej ekspansji w Korei)	1875	2
Bunt Imo (wystąpienia przeciwko Japończykom w Korei)	1882	13
Rewolucja Gapsin (zamach stanu w Korei)	1884	6
Pierwsza wojna japońsko chińska	1894–1895	13 619
Powstanie Bokserów w Chinach	1901	1256
Wojna japońsko rosyjska	1904–1905	88 429
Pierwsza wojna światowa (działania przeciwko terytoriom niemieckim w Chinach, koloniom na Pacyfiku, działania japońskiego dywizjonu śródziemnomorskiego)	1914–1918	4 850
Potyczka pod Qingshanli (działania przeciw partyzantce koreańskiej)	1920	16
Incydent jinański w Chinach	1928	185
Antyjapońskie powstania na Tajwanie	1930	brak danych
Incydent Nakamura w Chinach	1931	19

Wojna (konflikt)	Czas trwania	Japońskie ofiary (wg danych oficjalnych)
Incydent mukdeński w Chinach i okupacja Mandżurii	1931–1937	17 176
Walki w Chinach i Mandżurii (w tym starcia z Sowietami)	1937–1941	191 250
Druga wojna światowa (łącznie z jeńcami wywiezionymi przez Sowietów)	1941–1945	2 133 915

Opracowanie własne na podstawie: J. Nelson, Social Memory as Ritual Practice: Commemorating Spirits of the Military Dead at Yasukuni Shinto Shrine, „Journal of Asian Studies” 2003, May, s. 445–467; M. Pye, Religion and Conflict in Japan with Special Reference to Shinto and Yasukuni Shrine, „Diogenes” 2003, s. 45–59.

Ponieważ prowadzona przez świątynię Księga Duszy obejmująca 2 466 532 wpisy (w tym 27 863 Tajwańczyków i 21 181 Koreańczyków) zawiera również nazwiska 1 068 osób uznanych za zbrodniarzy wojennych (w tym skazanych na mocy wyroków alianckich trybunałów) każdorazowa wizyta w chramie prominentnych postaci japońskiego życia politycznego budzi wrogie reakcje we wszystkich państwach, które padły ofiarą samurajskiego ekspansjonizmu. Sytuacja taka kładzie się zaś cieniem na obecnych relacjach z bliższymi i dalszymi sąsiadami stając się jedną z przyczyn utrzymującego się w regionie braku zaufania co do rzeczywistych intencji *Nipponu*. W sytuacji, gdy na Dalekim Wschodzie ma miejsce, głównie za sprawą Chińskiej Republiki Ludowej, zasadnicza rekonfiguracja architektury bezpieczeństwa wymieniony czynnik ciąży Japonii w coraz większym stopniu. Nie wydaje się jednak, by nawet tak silna determinanta była w stanie zmienić powszechne w tym kraju, jakże wygodne i kojące narodową dumę postrzeganie przeszłości.

RECENZJE

ŻOŁNIERZE CHRYZANTEMOWEGO TRONU

Edward J. Drea, *Cesarska Armia Japonii 1953–1945*,
Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012, ss. 405.

Japońskie Cesarskie Siły Zbrojne, w tym Cesarska Armia Japonii, od wielu dekad budzą zainteresowanie (a mniemać można, że stan się utrzyma) nie tylko osób profesjonalnie zajmujących się historią i jej militarnymi aspektami, ale również szerokich rzesz pasjonatów i hobbistów. Trudno przy tym nie dostrzegać, że Armia Japońska, w znacznie większym stopniu niż Cesarska Marynarka Wojenna, budzi skrajnie rozbieżne emocje. Przeglądającemu zarówno poważne prace naukowe, jak i publikacje o popularyzatorskim charakterze, czy też wpisy na rozmaitych forach internetowych nasuwa się nieodparty wniosek, że ich autorzy oscylują między podziwem bliskim afirmacji a totalnym potępieniem, między zauroczeniem wspianymi sukcesami a porażającą świadomością popełnianych zbrodni (wśród których znalazł się również, niewymieniany w trakcie procesu przez trybunałami tokijskim i manilskim – ze względu na poszanowanie uczuć bliskich ofiar – kanibalizm, którego ofiarą padali jeńcy wojenni). Wobec wysokiej temperatury dyskursu, jaki budzi Cesarska Armia Japonii, funkcjonowaniu wielu stereotypów, półprawd i przeinaczeń utrwalanych często w dobrej wierze przez publicystykę i literaturę popularną dobrze się stało, że Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego podjęło trud (a i jak mniemać można – pewne ryzyko) wydania pracy uznanego badacza amerykańskiego Edwarda J. Drea zatytułowanej *Cesarska Armia Japonii 1853–1945* (tytuł oryginalny: *Japan's Imperial Army: Its Rise and Fall, 1853–1945*).

Autor, który przez lata studiował zarówno zachodnią, jak i japońską literaturę, prowadził żmudne badania archiwalne, a przede wszystkim dyskutował z japońskimi kolegami, pragnąc zrozumieć ich punkt widzenia, przygotował książkę niezwykłą i to na kilka sposobów. Przede wszystkim udało mu się uniknąć nader zdradliwej pułapki ograniczenia się tylko do historii wojskowości lub historii wojen. Nakreślony przez niego obraz to w istocie powalający rozmachem i skalą zamierzenia epicki fresk ukazujący historię japońskiej modernizacji, na którym armia jest co prawda głównym, ale bynajmniej nie jedynym z bohaterów. Owo narracyjne powiązanie warstw historii politycznej, społecznej, ekonomicznej i wojskowej jest niewątpliwie podstawowym walo-

rem pracy Edwarda J. Drei. Z drugiej strony będące tego konsekwencją nagromadzenie informacji, nazwisk, dat, nazw geograficznych zmusza do pewnego wyłączenia uwagi przy lekturze. Nasuwa się przy tym wniosek, że jest to bądź publikacja dla czytelnika, który posiadał już pewne informacje o japońskich dziejach najnowszych, bądź takiego, który będzie przerywał lekturę poszukiwaniem dodatkowych informacji, traktując recenzowaną pracę jako rodzaj wprowadzenia czy też pogłębionego przewodnika. Z prawdopodobieństwem bliskim jedności założyć jednak trzeba, że poszukujący emocjonalności i estetyki rodem z kinowego szlagieru *Ostatni samuraj* (z boleśnie przewidywalną psychologicznie i szampańską aktorsko kreacją Toma Criuse'a) będą zapewne rozczarowani. *Cesarska Armia Japonii* nie jest bowiem opowieścią o szlachetnych, przepojonych wschodnią duchowością i żyjących w harmonii z naturą samurajach oraz złych, skorumpowanych i zwesternizowanych (zwłaszcza ten ostatni wymiar jest ważny, gdyż wszechograniająca poprawność polityczna nakazuje się bowiem tak zwanemu kulturalnemu Europejczykowi głównie wstydzić za całą historię Starego Kontynentu) politykach z Tokio. To historia narodu, państwa i stworzonej przez nie armii w czasie wielkiego historycznego przełomu, zmian, które gdzie indziej zajmowały stulecia, zaś Japonia przeszła przez nie przez okres życia dwóch – trzech generacji. W warunkach tak turbulentnych trudno mówić, że któraś ze stron miała moralną przewagę, obie wykorzystywały wszelkie możliwe sposoby by narzucić oponentowi swoją wolę. Zwyciężyli, w pewnym uproszczeniu, zwolennicy forsownej modernizacji, zaś Japonia zapłaciła bardzo wysoką cenę za nieadekwatność sposobu postrzegania złożoności świata (przez sprawujące władze elity) do niezwykle szybkiego wzrostu swych możliwości militarnych oraz polityczno-wojskowych aspiracji.

Drea zaczyna historię Cesarskiej Armii Japonii od nakreślenia politycznego i społecznego obrazu kraju u schyłku epoki szogunatu. To właśnie wówczas w znacznym stopniu zaczęły kielkować pierwsze koncepcje reformatorskie, którym niesłychanego impulsu rozwojowego dostarczyło wtargnięcie w japońską historię „czarnych okrętów” komandora Matthewa Calbraigha Perry'ego w 1853 roku. Następnie autor kreśli dzieje restauracji władzy cesarskiej i tworzenie nowej armii, który to proces pełen był zawiłości, kompromisów i niekonsekwencji wymuszanych głównie przez bieżący układ sił politycznych. Zwycięstwo stronników restauracji władzy cesarskiej umożliwiło przeprowadzenie tak zwanej „rewolucji Menji”, której jednym z następstw był wzrost zainteresowania wschodzącego japońskiego mocarstwa Azją Wschodnią i rozpoczęcie ekspansji w Korei. Kamieniami milowymi rozwoju japońskiej myśli polityczno-wojskowej były wojny z Chinami i Rosją, które w przemożny sposób ukształtowały pokolenie

przywódców odpowiedzialnych za wplątanie Japonii w kolejny konflikt – tym razem o globalnym charakterze – i jej totalną klęskę.

Lektura pracy Edwarda J. Drei skłania do sformułowania kilku wniosków o wysoce kontrowersyjnym charakterze. Przede wszystkim tak zwany japoński sposób prowadzenia wojny ukształtował się nie tyle w następstwie racjonalnie zaplanowanego procesu rozwojowego, lecz wskutek wysoce chaotycznej i turbulentnej gry interesów poszczególnych grup nacisku, w tym reprezentujących klany i regiony, nad którymi żadna władza centralna, z ubóstwianym cesarzem włącznie, nigdy nie zdołała w pełni zapanować. Działając w takim środowisku armia (a w zasadzie Sztab Generalny Wojsk Lądowych) zyskała unikatową pozycję polityczną, gdyż poprzez odwołanie ministra wojny, który musiał być powoływany z namaszczenia Sztabu Generalnego, mogła doprowadzić do upadku każdego cywilnego gabinetu. Po pierwszej wojnie światowej cywilna kontrola nad japońskimi wojskami lądowymi w praktyce nie istniała. Co więcej nawet Sztab Generalny okazał się niezdolny do sprawowania kontroli nie tylko operacyjnej, ale nawet politycznej nad siłami wysłanymi na kontynent azjatycki, które w sposób kluczowy zaczęły wpływać na kurs państwowej nawy.

Innym przejawem utraty władzy przez polityków cywilnych był fakt ich niezdolności do narzucenia dwóm rodzajom sił zbrojnych, Cesarskiej Armii Japonii i Cesarskiej Marynarce Wojennej, połączonego dowództwa szczebla strategicznego, a nawet jednolitej strategii. Rola Cesarskiej Kwatery Głównej była w tej materii czysto iluzoryczna. Zatem armia i flota prowadziły w istocie dwie „odrębne” wojny, choć i żołnierze i marynarze walczyli w imię cesarza.

Jednocześnie wojska lądowe nie były monolitem. Targały nimi różnice wyrastające na najróżniejszym podłożu, od wspomnianych interesów klanów i prowincji, poprzez stosunek do koncepcji szkoleniowych i taktycznych reprezentowanych przez doradców z różnych europejskich krajów (najsilniejsze były wpływy francuskie i niemieckie, choć w Japonii usiłowali się przez pewien czas „ukorzenie” również Włosi), podejście do kluczowych kwestii strategicznych, operacyjnych i taktycznych, poglądów na kwestie modernizacji sił zbrojnych. Niezwykle istotne były ponadto rozbieżności polityczne. W następstwie tego skonfliktowana, roz dyskutowana i rozpolitykowana armia japońska (klasycznym przejawem tego stanu rzeczy były rozmaite stowarzyszenia i kluby, a skrajnym mordy dokonywane z politycznych pobudek) nie była w stanie wypracować jednolitej i konsekwentnie realizowanych koncepcji w większości kluczowych kwestii.

W dwóch jednakże kwestiach osiągnięto jednak niekwestionowane sukcesy. Pierwszą było budowanie szczególnej więzi między armią (w szczególności kadrą oficerską) a Chryzantemowym Tronem, czyli panującą rodziną ce-

sarską. Armia nie była więc wojskiem „narodowym”, czy nawet „państwowym”, ale „cesarskim”. Cały proces rozkazodawczy, od najniższego szczebla, stał się zatem, w mistyczny niemal sposób, egzemplifikacją woli panującego. Drugą płaszczyzną sukcesu było podniesienie rangi służby wojskowej w społeczeństwie i idąca z tym w parze pogłębiająca się indoktrynacja żołnierzy, w duchu szczególnej roli, jaką w historii cesarstwa miało jakoby odgrywać „samopoświęcenie wojowników”. Taka doktryna wychowywania czy też kształtowania armii miała istotne reperkusje wojskowe przejawiające się absolutyzacją „czynnika moralnego” w boju i lekceważenie kwestii przewagi technicznej. Z drugiej strony Napoleon Boanparte twierdził, że „czynnik moralny” jest w stanie trzykrotnie zwiększyć wartość bojową wojsk – w przypadku Japończyków ów „mnożnik” był z pewnością znacznie wyższy.

Zatem ów charakterystyczny „japoński sposób prowadzenia wojny” był konsekwencją niespójności koncepcyjno-doktrynalnej, na którą nałożył się permanentny brak środków uniemożliwiający armii japońskiej dokonanie radykalnej modernizacji, na którą to przypadłość cierpiała ona we wszystkich okresach swgo istnienia. Permanentne braki w sile ognia pokrywano zatem doktrynalnym dogmatem o kluczowym znaczeniu wspomnianego już „czynnika moralnego”.

O ile podczas kampanii w Chinach prowadzonych przeciwko nacjonalistom, komunistom czy lokalnym „wojennym panom” jeszcze to wystarczyło, o tyle już starcie z Sowietami zakończyło się upokarzającą klęską cesarskich wojsk lądowych²². Wojna na Pacyfiku i w Indochinach była zaś, co trzeba sobie jasno uzmysłowić, kilkoma miesiącami triumfu, po których nastąpiło przejście do strategicznej defensywy na całym Teatrze Wojny. Potem nastąpił długotrwały upadek, walki prowadzone bez nadziei na zwycięstwo, w trakcie których armia japońska – na przykład na Okinawie – posunęła się do działań, które bez cienia przesady określić można mianem eksterminacji własnej ludności cywilnej. W taki oto sposób doktryna o wyższości „czynnika moralnego” doradziła japońskie wojska lądowe do utraty prawa występowania w imieniu narodu, który je zorganizował.

Obraz japońskich wojsk lądowych, który wyłania się z pracy Edwarda J. Drei, znacząco odbiega od tego, co do tej pory napisano nie tylko w języku polskim, ale również od treści większości publikacji jakie ukazały się w an-

²² O ile starcie nad jeziorem Chasan w lipcu i czerwcu 1938 r. można uznać za nierozstrzygnięte, o tyle bitwa pod Chalcin-Goł w lipcu i sierpniu 1939 r. była wielką przegraną Japończyków poniesioną, gdy ich armia osiągać miała jakoby największy – przed rozpoczęciem wojny na Pacyfiku – potencjał. Wyniki bitwy są o tyle ciekawe, że armia sowiecka również nie przedstawiała w owym czasie, czyli po wielkiej czystce, szczególnie wysokiej jakości. Ta konstatacja zmusza zaś do postawienia pytania o przyczyny japońskich sukcesów w pierwszej fazie zmagania na Pacyfiku. Rozstrzygnięcie tej kwestii wykracza jednak poza ramy recenzji.

głosaskim obszarze językowym. Jej autor bez popadania w skrajności kreśli obraz organizacji militarnej najpierw przez potencjalnych przeciwników pogardzanej, następnie budzącej przerażenie a w końcu wpisanej w kalki pojęciowe wygenerowane przez kulturę masową, przede wszystkim kino. Tymczasem rzeczywistość była znacznie bardziej złożona. Cesarska armia japońska była zarówno zwierciadłem odbijającym wszystkie problemy społeczeństwa w fazie niezwykle dynamicznych przemian, jak i soczewką, w której skupiały się one ze szczególną ostrością. Dramat Japonii uwiecznony unicestwieniem w nuklearnym ogniu dwóch miast i bezwarunkową kapitulacją wojska nie był zaś skutkiem takiej czy innej jakości sił zbrojnych, ale następstwem braku dojrzałości elit, którym zabrakło czasu, by dogłębnie zrozumieć procesy rządzące zmieniającym się dynamicznie otoczeniem międzynarodowym cesarstwa. W rezultacie państwo weszło w konflikt o totalnym charakterze, podczas gdy rządzący sądzili, że to kolejna wojna lokalna (podobna do tej z Chinami lub z Rosją), z której będzie można „wyjść” po osiągnięciu założonych korzyści poprzez zawarcie separatystycznych traktatów pokojowych. Za ów fundamentalny błąd naród zapłacił bardzo wysoką ceną. I być może, poza kwestiami *stricte* historycznymi, jest to najważniejsza lekcja płynąca z recenzowanej pracy.

Krzysztof Kubiak

O AUTORACH

Bieńkowski Wojciech – dr, starszy wykładowca w Zakładzie Edukacji Obronnej i Koordynacji Kształcenia, Uniwersytet Medyczny w Łodzi

Jasudowicz Tadeusz – prof. dr hab., Katedra Praw Człowieka, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Kociołek-Pęksa Anna – dr, adiunkt w Zakładzie Prawa, Wydział Inżynierii Bezpieczeństwa Cywilnego, Szkoła Główna Służby Pożarniczej w Warszawie

Kozak Iryna – mgr, doktorantka na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

Kroplewski Jarosław – dr nauk humanistycznych, historyk, starszy specjalista Oddziału Komunikacji Społecznej Dowództwa Generalnego Rodzaju Sił Zbrojnych

Kubiak Krzysztof – dr hab., profesor nadzwyczajny w Katedrze Krajów Europy Północnej, Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach

Maciąg Paweł – dr, dyplomata w Ambasadach RP w USA (radca/attaché prasowy) i w Afryce Zachodniej (szef wydziału politycznego i ekonomicznego, szef sekcji konsularnej), redaktor naczelny SE USA w Nowym Jorku

Marcinko Marcin – dr, adiunkt w Zakładzie Prawa Międzynarodowego Publicznego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Jagielloński, koordynator Ośrodka Międzynarodowego Prawa Humanitarnego i Praw Człowieka Uniwersytetu Jagiellońskiego

Mendel Wojciech – ppłk, Starszy Specjalista Wydziału Prawa Publicznego Oddziału Prawnego Dowództwa Generalnego Rodzajów Sił Zbrojnych, absolwent studiów doktoranckich na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

Menkes Jerzy – prof. dr hab., p.o. kierownika Zakładu Prawa, Wydział Inżynierii Bezpieczeństwa Cywilnego, Szkoła Główna Służby Pożarniczej w Warszawie

Stępień Barbara – mgr, doktorantka w Zakładzie Prawa Międzynarodowego Publicznego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Jagielloński, kapitan jachtowy i motorowodny, Master of Yachts 200 GT

Szpak Agnieszka – dr, adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego, Wydział Politologii i Studiów Międzynarodowych, Uniwersytet Mikołaja Kopernika

Widlak Tomasz – dr, adiunkt w Katedrze Teorii i filozofii Państwa i Prawa, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Gdański

WYKAZ AKTÓW PRAWNYCH

- 1863** Instrukcja dla Dowódców Armii Stanów Zjednoczonych w Polu. Zarządzenie nr 100 Prezydenta Lincolna z 24.04.1863 r. (tzw. Kodeks Liebera)
- 1864** Konwencja w sprawie polepszenia losu rannych wojskowych w armiach w polu będących z 22.08.1864 r.
- 1868** Deklaracja petersburska o zakazie używania małokalibrowych pocisków eksplodujących z 11.12.1868 r.
- 1907** IV Konwencja haska dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej wraz z Regulaminem dotyczącym praw i zwyczajów wojny z 18.10.1907 r.
- 1919** Wersalski traktat pokoju między mocarstwami sprzymierzonymi i skojarzonymi i Niemcami z 28.06.1919 r.
- 1926** Konwencja w sprawie niewolnictwa z 25.09.1926 r.
- 1935** Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments (Pakt Roerich'a) z 15.04.1935 r.
- 1945** Karta Międzynarodowego Trybunału Wojskowego z 8.08.1945 r.
Karta Narodów Zjednoczonych z 26.06.1945 r.
- 1948** Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa z 9.12.1948 r.
- 1949** Konwencja o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych (I KG) z 12.08.1949 r.

Konwencja o polepszeniu losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu (II KG) z 12.08.1949 r.

Konwencja o traktowaniu jeńców wojennych (III KG) z 12.08.1949 r.

Konwencja o ochronie osób cywilnych podczas wojny (IV KG) z 12.08.1949 r.
- 1950** Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Europejska Konwencja Praw Człowieka) z 4.11.1950 r.

- 1954 Konwencja haska o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego z 14.05.1954 r.
- 1966 Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16.12.1966 r.
- 1968 Konwencja dotycząca niestosowania przedawnienia wobec zbrodni wojennych i zbrodni przeciw ludzkości z 26.11.1968 r.
- 1969 Konwencja Wiedeńska o prawie traktatów z 23.04.1969 r.
- 1972 UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property z 9.05.1972 r.
- 1977 Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r. dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych z 8.06.1977 r. (tzw. Protokół I)
- Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r. dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych z 8.06.1977 r. (tzw. Protokół II)
- Konwencja o zakazie używania technicznych środków oddziaływania na środowisko w celach militarnych lub innych wrogich celach z 18.05.1977 r.
- 1980 Protokół w sprawie zakazów lub ograniczeń użycia min, min-pułapek i innych urządzeń (Protokół II) z 10.10.1980 r.
- 1982 Konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza z Montego Bay z 10.12.1982 r.
- 1984 Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania z 9.12.1984 r.
- 1993 Konwencja o zakazie prowadzenia badań, produkcji, składowania i użycia broni chemicznej oraz o zniszczeniu jej zapasów z 13.01.1993 r.
- Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii z 25.05.1993 r.
- 1994 Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego do spraw Rwandy z 8.11.1994 r.

- 1997** Konwencja o zakazie użycia, składowania, produkcji i przekazywania min przeciwpiechotnych oraz o ich zniszczeniu (tzw. Konwencja Ottawska) z 18.09.1997 r.
- 1998** Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego z 17.07.1998 r.
- 2008** Konwencja o zakazie amunicji kasetowej z 30.05.2008 r.

INDEKS RZECZOWY

(oprac. M. Szuniewicz)

A

actus reus 163, 165, 166, 180

zob. *zbrodnie*

agresja 18, 26, 28, 85, 125

B

bezzałogowe aparaty latające (drony)

46, 54, 55, 104

blokada morska (wojenna) 197–212

broń (bronie) 44, 45, 46, 49, 50, 51, 52, 53, 57, 58, 59–106, 140, 167, 239, 241

— *bronie konwencjonalne* 44, 45, 53, 79, 83, 102, 104

— *bronie niehumanitarne* 45–46, 50, 57, 69, 77, 83, 94, 99

— *bronie nieśmiercionośne* 46, 59–106

— *bronie elektryczne* 67, 69

— *bronie elektromagnetyczne* 67, 69, 70, 94

— *broń atomowa (jądrowa)* 49, 52, 53, 54, 88, 239, 241

— *broń chemiczna i biologiczna* 49, 67, 68, 69

— *broń laserowa* 83, 84, 94

zob. *kasetowa amunicja*

C

cel wojskowy (militarny) 52, 63, 65, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 85, 89, 91, 92, 95, 99, 127

zob. *rozdzielenie (zasada)*

collateral damage/casualties (straty uboczne) 64, 79, 88, 89, 103

cywilna osoba/obiekt 51, 53, 60, 61, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 88, 89, 90, 91, 93, 99, 102, 103, 105, 171, 172

zob. *ludność cywilna*

zob. *rozdzielenie (zasada)*

Czerwony Krzyż 49, 77, 82, 93, 144, 203, 219

— Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża (MKCK) 49, 77, 82, 93, 203

D

deportacja 164, 165, 169–170, 178, 179, 180

dobra kultury 107–128

dron [patrz: *bezzałogowe aparaty latające*]

dyscyplina wojskowa 228

E

eksterminacja 148, 152, 164, 165, 167–168, 248

zob. *ludobójstwo*

Europejska Konwencja Praw

Człowieka (EKPC) 96, 97, 98, 99, 101, 187, 190, 191, 192, 195, 196

zob. *prawa człowieka*

zob. *Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC)*

Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) 97, 98, 99, 100, 101, 187, 189, 192

zob. *prawa człowieka*

zob. *Europejska Konwencja Praw Człowieka (EKPC)*

G

grupa chroniona 145–162

zob. ludobójstwo

gwałt [patrz: zgwałcenie]

H

habeas corpus 194

hulki jenieckie 219, 221, 222, 224–225,
226, 227, 228, 231

I

Implementacja (MPH) 12, 29, 32, 37, 42,
50, 52, 57, 92, 93, 97, 109, 116, 128,
129, 131, 132, 133, 142, 144

ius cogens 157, 163, 164

ius in bello 29, 197

J

jeńcy wojenni 19, 86, 132, 213–231, 233,
234, 235, 236, 237, 239, 242, 243, 245

zob. hulki jenieckie

jurysdykcji uniwersalna 24, 29–42, 181

zob. zbrodnie międzynarodowe

K

Karta Narodów Zjednoczonych 16, 28,
190, 207, 210, 211

*zob. Organizacja Narodów
Zjednoczonych*

kasetowa amunicja 46, 51–52, 53
— Cluster Munition Coalition
(CMC) 51, 52

komatant 47, 72, 73, 75, 76, 77, 78, 80,
81, 86, 87, 90, 105, 115, 217, 230

L

Lemkin 23–26, 145, 146

ludność cywilna 47, 51, 60, 74, 76, 77, 78,
79, 88, 89, 90, 91, 99, 103, 104, 105,
131, 140, 148, 164, 165, 171, 172, 174,
176, 178, 179, 180, 201, 202, 203, 209,
211, 212, 215, 237, 239, 241, 248

zob. cywilna (osoba)

ludobójstwo 18, 23, 24, 25, 28, 31, 40,
145–162, 163

zob. zbrodnie

zob. odpowiedzialność

zob. trybunały karne

M

**Międzynarodowy Trybunał Karny
(MTK)** [patrz: trybunały karne]

miny przeciwpiechotne 11, 12, 44, 46,
47, 48, 50, 51, 52, 53

— ICBL 44, 47, 48, 49, 50, 51, 52

morze 31, 184, 185, 186, 187, 188, 189,
190, 191, 195, 197, 198, 199, 206, 207,
208, 211, 212, 229, 241

— morze pełne (otwarte) 31, 185,
186, 187, 189, 190, 191, 195, 206,
207

— morze terytorialne 188, 189

zob. UNCLOS

N

NATO (Sojusz Północnoatlantycki) 52,
61, 64, 75, 82, 94, 130

O

odpowiedzialność 29, 34, 36, 37, 38, 40,
74, 93, 126, 127, 133, 134, 135, 136,
137, 138, 139, 141, 142, 143, 153, 164,
166, 167, 170, 172, 175, 180, 189, 208,
209, 239

— odpowiedzialność karna 29, 34,
40, 133, 134, 135, 136, 137–138,

139, 141, 142, 143, 153, 164, 166,
167, 170, 172, 175, 180, 239

zob. trybunały karne

zob. zbrodnie

Organizacja Narodów Zjednoczonych (ONZ) 16, 19, 24, 28, 48, 50, 54, 57, 61, 64, 91, 102, 130, 149, 157, 185, 189, 190, 191, 195, 206, 207, 210, 211

— Rada Bezpieczeństwa 211, 189,
190, 191, 195, 210, 211

zob. Karta Narodów Zjednoczonych

P

piractwo 31, 33, 183, 184, 185, 186, 187,
189, 190, 191, 194, 195

prawa człowieka 16, 17, 18, 19, 20, 21,
23, 25, 28, 31, 34, 37, 40, 47, 55, 63, 75,
95, 96, 97, 114

*zob. Europejska Konwencja Praw
Człowieka*

*zob. Europejski Trybunał Praw
Człowieka*

**proporcjonalność (zasada
proporcjonalności)** 63, 75, 88, 89, 90,
132, 140

R

Rada Bezpieczeństwa [patrz: *Organizacja
Narodów Zjednoczonych*]

rozkaz (wojskowy) 115, 127, 133

Rules of Engagement (ROE) 60

rozróżnienie (zasada) 11, 45, 46, 51, 63,
72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 84, 89, 90,
95, 97, 105, 140

— ataki bez rozróżnienia 12, 74, 90

zob. cele wojskowe (militarne)

zob. cywilna osoba/obiekt

T

terroryzm 25, 101, 102, 127, 131, 196

tortury 74, 164, 165, 168, 172–174, 175,
180, 195

trybunały karne 39, 140, 141, 142, 145,
147, 148, 149, 151, 152, 153, 155, 156,
160, 162, 165–181, 240

— Międzynarodowy Trybunał
Wojskowy 145

— Trybunał Tokijski 145, 240, 245

— Międzynarodowy Trybunał
Karny dla byłej Jugosławii
(MTKJ) 145, 155, 156, 160, 162,
165–181

— Międzynarodowy Trybunał
Karny dla Rwandy (MTKR) 145,
147, 148, 149, 151, 153, 155

— Międzynarodowy Trybunał
Karny 39, 140, 142, 143, 152, 180

zob. zbrodnie

zob. odpowiedzialność (karna)

U

**UNCLOS (Konwencja NZ o prawie
morza)** 191, 206, 207, 208

Z

zbrodnie 18, 23, 24, 28, 29, 30, 31, 33, 34,
35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 74, 130,
131, 132, 133, 134, 135, 141, 142, 143,
145, 146, 147, 148, 149, 152, 153, 155,
156, 157, 158, 159, 161, 163, 164, 165,
166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173,
174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181,
184, 185, 218, 234, 235, 236, 239, 240,
241, 243, 245

— zbrodnie wojenne 29, 30, 31, 33,
34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 74,
132, 133, 135, 142, 148, 163, 218,
235, 236, 239, 240, 243

— zbrodnie przeciwko ludzkości 31,
40, 142, 147, 148, 152, 153, 155,
163, 164, 165, 166, 168, 170, 171,
172, 173, 177, 178, 180, 181

— zbrodnie przeciwko pokojowi 240

zob. agresja

— zbrodnie ludobójstwa [*patrz:*
ludobójstwo]

zob. odpowiedzialność (karna)

zob. trybunały karne

zgwałcenie 164, 165, 168, 174, 175, 176,
178, 180, 185

zwyczaj (prawo zwyczajowe) 31, 33, 35,
37, 39, 42, 72, 73, 76, 88, 89, 131, 137,
139, 140, 141, 142, 148, 152, 155, 156,
157, 163, 164, 166, 168, 169, 173, 181,
185, 186, 189, 197, 198, 199, 203, 207,
212, 215

zob. ius cogens

